

INNLEID ARBEIDSTAKERS RETTIGHETER I FORHOLD TIL INNLEIER

*Om rett til fast ansettelse ved ulovlig innleie og rett til et godt
psykososialt arbeidsmiljø*



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 536

Leveringsfrist: 26.april 2010

(* regelverk for masteroppgave på:

<http://www.jus.uio.no/studier/regelverk/master/eksamensforskrift/kap6.html>)

Til sammen 17 324 ord

13.09.2010

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING OG PROBLEMSTILLING</u>	<u>1</u>
1.1	Presentasjon av problemstillingen	1
1.2	Bakgrunn for reglene om innleie	2
1.3	Rettskildebildet	4
1.4	Begrepsavklaringer	5
1.4.1	Psykososialt arbeidsmiljø	5
1.4.2	Organisatoriske arbeidsforhold	6
1.4.3	Fysisk arbeidsmiljø	6
1.4.4	Innleie	6
1.4.5	Innleiebedrift eller innleier	7
1.4.6	Utleiebedrift eller utleier	7
1.5	Avgrensninger	8
1.5.1	Mot tjenestemannsloven	8
1.5.2	Mot virksomhet som ikke har til formål å drive utleie	8
1.5.3	Mot tariffavtaler	8
1.5.4	Mot bestemmelser om fysisk og organisatorisk arbeidsmiljø	8
1.5.5	Mot regler om arbeidsgivers erstatningsansvar overfor arbeidstaker ved dårlig arbeidsmiljø	9
1.5.6	Mot retten til erstatning ved ulovlig innleie	9
1.6	Oversikt over den videre fremstilling	9
<u>2</u>	<u>INNLEID ARBEIDSTAKERS RETT TIL FAST ARBEIDSFORHOLD HOS INNLEIER</u>	<u>12</u>
2.1	Vilkår for lovlig innleie	14
2.1.1.	"Når arbeidets karakter tilsier det og arbeidet atskiller seg fra det som ordinært utføres i virksomheten"	15
2.1.1.1.	Arbeidet atskiller seg fra det som ordinært utføres i virksomheten	17

2.1.1.2.	Innleiens varighet	19
2.1.1.3.	Tidsavgrenset forhold	19
2.1.1.4.	Regelmessighet	21
2.1.1.5.	Arbeidsgivers behov	21
2.1.1.6.	Virksomhetens faktiske sysselsettingsmuligheter	22
2.1.1.7.	Organisering av innleieforholdet	22
2.1.1.8.	Innleie når ingen søkere til stilling oppfyller kvalifikasjonskrav	22
2.1.2.	Arbeid i stedet for en annen eller andre (vikariat)	25
2.1.2.1.	Permanent behov for ytterligere arbeidskraft	26
2.1.2.3.	Særlige tilfeller som tilsier at den innleide bør gis fast ansettelse, til tross for at det ikke foreligger et permanent behov for hans arbeidskraft	28
2.1.2.4.	Særlige forhold som tilsier at den innleide, til tross for fast behov, ikke bør gis fast ansettelse	29
2.2.	Virkningene av ulovlig innleie av arbeidstaker	30
2.2.1.	Hvilken stilling vil eventuelt innleid arbeidstaker ha krav på?	31
2.3.	Fireårsregelen	32
2.3.1.	Bakgrunnen for regelen	33
2.3.2.	Når begynner opptjeningsperioden?	34
2.3.3.	Sammenhengende ansettelsesforhold	35
2.3.3.1.	Arbeidstaker har vært innleid på grunnlag av flere av alternativene i § 14-9(1) i perioden	35
2.3.3.2.	Virksomhetsrelaterte avbrudd i innleieforholdet	35
2.3.3.3.	Avbrudd som ikke er virksomhetsrelaterte	37
3.	<u>INNLEID ARBEIDSTAKERS RETT TIL ET GODT ARBEIDSMILJØ I INNLEIEBEDRIFTEN</u>	41
3.2	Arbeidsmiljøet	42
3.3	Hvem er ansvarlig for innleid arbeidstakers arbeidsmiljø?	44
3.4	Innleid arbeidstakers rett til et godt psykososialt arbeidsmiljø	45
3.4.1	Integritet og verdighet	47
3.4.2	Kontakt og kommunikasjon	47
3.4.3	Trakassering eller annen utilbørlig opptreden	48
3.4.3.1	Hva ligger i begrepet trakassering	49

3.4.3.2	Seksuell trakassering	51
3.4.4	Kontakt med utenforstående	52
3.4.5	Organisatorisk arbeidsmiljø	52
3.4.5.1	Omorganisering og omstillingsprosesser	53
3.4.5.2	Innleid arbeidstaker gis mulighet for faglig og personlig utvikling	54
3.4.5.3	Innleid arbeidstakers mulighet til selvbestemmelse, innflytelse og faglig ansvar	55
3.5	Virkemidler for å sikre det psykososiale arbeidsmiljøet for innleid arbeidstaker	56
3.5.1	Tilsyn av arbeidstilsynet	57
3.5.2	Arbeidsgivers plikt til å undersøke om ulovlige forhold pågår og arbeidstakers plikt til å informere	57
<u>4</u>	<u>AVSLUTTENDE BEMERKNINGER</u>	<u>60</u>
<u>4.</u>	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>62</u>
<u>5.</u>	<u>LISTER OVER TABELLER OG FIGURER M V</u>	<u>A</u>

1 Innledning og problemstilling

1.1 Presentasjon av problemstillingen

I oppgaven vil jeg ta for meg innleid arbeidstakers rettigheter i forhold til virksomheten som leier inn arbeidstakeren. Jeg har valgt å behandle to forhold som har særlig betydning ved innleie.

Innleid arbeidstaker vil ofte kunne være i et utrygt arbeidsforhold, hvor det er usikkerhet rundt mulighetene for å få fremtidige arbeidsoppdrag og eventuelt hva disse vil bestå i. Ved innleieforhold kan innleid arbeidstaker jobbe for samme virksomhet over tid. Det kan utvikle seg et fast og langvarig forhold, men arbeidstakeren vil ikke ha noen kontraktfestede rettigheter i forhold til innleiebedriften. Denne kan avslutte kontrakten med utleier eller kreve en annen arbeidstaker, slik at den opprinnelige innleide mister sin jobb i denne virksomheten.¹

Usikkerheten dette skaper for arbeidstaker vil derfor kunne gjøre at det er viktig for arbeidstakeren å avklare muligheten for å kreve fast ansettelse hos innleievirksomheten. Jeg starter med å ta for meg reglene rundt dette. Her vil det være avgjørende om innleier har overholdt de lovgitte vilkårene, i Arbeidsmiljøloven av 17.juni 2005 (heretter aml.) § 14-9, jf. § 14-12(1), for når innleid arbeidskraft kan benyttes. Jeg starter derfor med å behandle disse vilkårene. Jeg tar så for meg hva som skal til for at brudd på vilkårene fører til at innleid arbeidstaker kan kreve dom på fast ansettelse hos innleier.

Jeg tar også for meg innleid arbeidstakers rett til et godt psykososialt arbeidsmiljø. Usikkerheten som kan ligge i innleiesituasjonen kan i seg selv skape psykiske belastninger

¹ Jakhell og Aune: Arbeidsrett.no s.730

for arbeidstakeren.² I tillegg er gjerne arbeidstakerens forhold til innleievirksomheten usikkert, noe som kan føre til at arbeidstakeren lar være å klage på forholdene i frykt for å miste sitt oppdrag i innleievirksomheten. Det at forholdet er kortvarig kan også føre til at arbeidstakeren ikke ser nytten av å klage. Innleid arbeidstaker kan derfor være spesielt utsatt i forhold til det psykososiale arbeidsmiljø.

Jeg starter den andre delen av oppgaven med å behandle rettighetene innleid arbeidstaker har til et godt psykososialt arbeidsmiljø. Her viser jeg hvordan arbeidsmiljølovens generelle regler om det psykososiale arbeidsmiljø virker ved de spesielle situasjonene som oppstår i et innleieforhold. Jeg tar også for meg hvilke virkemidler loven har gitt for å sikre at reglene overholdes, og hvordan disse kan brukes for å sikre at reglene overholdes i forhold til innleid arbeidstaker spesielt.

Innleieforhold karakteriseres av en trepartsrelasjon. Dette består av en utleievirksomhet hvor arbeidstakeren er ansatt. Utleier leier så ut arbeidstakeren til innleievirksomheter, for en lengre eller kortere periode. Det er i denne virksomheten arbeidstakeren faktisk utfører arbeid. Innleid arbeidstakers forhold til innleiebedriften vil til enhver tid være avhengig av kontrakten mellom utleier og innleiebedrift. Innleiebedriften i et kundeforhold til utleier og vil til enhver tid kunne presse utleier ved å si opp avtalen. Innleier den sterke part i dette forholdet. Det er derfor vanskelig for utleier å kreve noe av innleier.

1.2 Bakgrunn for reglene om innleie

I Norge var privat arbeidsformidling som hovedregel forbudt frem til år 2000,³ dette skulle være en offentlig oppgave. Utleie av arbeidskraft falt inn under dette forbudet.⁴ Forbudet var begrunnet i at arbeidssøkere, som gjerne er i en vanskelig situasjon, måtte beskyttes mot å bli utnyttet av private utleiefirmaer som vil ha fortjeneste som hovedmål. Dette ville

² Se kap.3.4.

³ Sysselsettingsloven § 26, frem til endring 2.feb.2000

⁴ Sysselsettingsloven § 27, frem til endring 2.feb.2000

føre til en fare for utnyttelse av arbeidstakerne.⁵ Det kunne likevel søkes om dispensasjon til privat arbeidsformidling for en avgrenset gruppe arbeidstakere, eller om formidling uten fortjeneste. Det var særlig høyskoler, fagforeninger og interesseorganisasjoner som fikk slik dispensasjon.⁶ Det var også fastsatt unntak for forbudet for enkelte sektorer i forskrift, eksempler er kontor og butikkarbeid.⁷

Det ble ansett klart at kortidsbehovet for arbeidskraft var stort, og at dette hadde økt som følge av bl.a. utvidelse av permisjoner og satsing på etterutdanning.⁸ Alternativer til innleid arbeidstaker ved kortvarig, uforutsigbart arbeidsbehov vil kunne være overtidarbeid for egne ansatte, midlertidig ansatte eller bruk av tjenesteleverandører.⁹ Reguleringer av forholdene vil virke inn på hverandre, slik at innstramming på ett område kan føre til økt bruk av et av alternativene. Det var derfor vesentlig å sikre en lik lovregulering av innleie og midlertidig ansettelse.¹⁰

Årsakene til at det ble bestemt at utleievirksomhet i en viss utstrekning skulle bli tillatt i Norge er flerdelt. Det er fire hensyn ble lagt særlig vekt på:

”Systembetraktninger innebærer at regelverket bør utformes på en slik måte at det med rimelig ressursbruk kan forvaltes og håndheves på en tilfredsstillende måte. Videre bør regelverket være såpass robust at det tåler endringer i arbeidsmarkedet.

Fleksibilitetshensynet, som ivaretar virksomhetenes behov for formidlingstjenester, tilsier isolert sett at regelverket er så liberalt som mulig. Hensynet til arbeidssøker kan tale for reguleringer for å ivareta den svakeste parten i søke- og rekrutteringsprosessen, som ofte er arbeidssøkeren. Et godt regelverk må avveie disse hensynene mot hverandre. I tillegg bør regelverket tilfredsstillende de internasjonale forpliktelsene som Norge har påtatt seg.”¹¹

⁵ NOU 1998:15 kap.8

⁶ NOU 1998:15 kap.4.2.2.

⁷ NOU 1998:15 kap.5.1.1.

⁸ NOU 1998:15 kap.6

⁹ NOU 1998:15 kap 6.1.1.

¹⁰ Ot.prp.nr.70 (1998-1999) s.29

¹¹ NOU 1998:15 kap.8

Det ble stilt spørsmål om endringer måtte gjøres for å overholde EØS-avtalen.¹² Norge vurderte også å ratifisere ILO-konvensjon C181, som krever at innleie skal være lovlig.

Det er mange faktorer som vil påvirke i hvilken utstrekning virksomheter bruker innleid arbeidskraft. Blant disse er som nevnt reglene om andre alternativer til midlertidig arbeidskraft, og også regler rundt fast ansettelse. Er oppsigelsesvilkårene strenge, vil arbeidsgiver kunne forsøke å bruke innleid arbeidstaker som et forsøk på å komme seg unna arbeidsgivers plikter i forhold til fast ansatt. Dette vil ha betydning for om arbeidsgiver velger å leie inn arbeidstaker.¹³

1.3 Rettskildebildet

Arbeidsretten er et omdiskutert område. Dette gjelder også for reglene om mulighetene for innleie av arbeidskraft. Det finnes derfor en del lovforarbeider om dette, og særlig midlertidig ansettelse er mye omdiskutert i forarbeidene. Det er derimot ikke mange dommer eller avgjørelser fra arbeidstilsynet om vilkårene for innleie og mulighetene til fast ansettelse. Jeg har bare funnet noen få avgjørelser som gjelder innleie. Dette kan komme av at trekantforholdet fører til at innleier står i et kundeforhold til utleievirksomheten. Utleier vil gjøre mye for å opprettholde kundeforholdet og hindre at den utleide arbeidstaker skaper problemer for innleievirksomheten. Utleievirksomheten vil derfor forsøke å løse problemer så fort som mulig, og skjærmer på denne måten innleier for mange problemer.

Internasjonalt er ikke innleie mye omtalt da det i de fleste land er tillatt.¹⁴ Det er kommet et nytt EU direktiv om innleie av arbeidstakere, dette må gjennomføres i norsk rett innen utgangen av 2011. Jeg vil komme inn på hvilken betydning denne vil ha for norsk rett.¹⁵

¹² Kap. 2.4.1.

¹³ NOU 1998:15 kap.5.2

¹⁴ NOU 1998:15 kap.8

¹⁵ Se kap.2 s.11

Det psykososiale arbeidsmiljøet er generelt regulert, og reglene gjelder ikke innleid arbeidstaker spesielt. Vi skal derfor se hvilken betydning reglene får for innleid arbeidstaker. Det psykososiale arbeidsmiljøet er også mindre gjennomregulert enn for eksempel det fysiske arbeidsmiljøet. Grunnen til dette er at vurderinger av det psykososiale arbeidsmiljøet vil være preget av individuelle forskjeller mellom mennesker og personlige forhold, og derfor uansett vil måtte avgjøres på grunnlag av konkrete vurderinger.

Jeg har lett etter avgjørelser som omhandler innleid arbeidstakers psykososiale arbeidsmiljø, men ikke funnet noen. Årsaken til dette kan være trekantforholdet, som jeg redegjorde for i forhold til muligheten til fast ansettelse. Det kan også komme av at arbeidstakeren er ment til å være i innleievirksomheten en kortere tid og derfor ikke ser nytten av å klage på et forhold som bare vil vare for en periode. Det finnes heller ikke mange avgjørelser som direkte regulerer det psykososiale arbeidsmiljø generelt. Dette er problemer som gjerne løses på andre måter, gjerne internt i bedriften eller ved forlik, ettersom dette ikke egner seg så godt for retten. Trakassering finnes det derimot flere dommer rundt.

1.4 Begrepsavklaringer

Jeg bruker en del begreper som er spesielle for innleieforhold. Det er også noen begreper som må forklares i forhold til min behandling av arbeidsmiljøbestemmelsene.

1.4.1 Psykososialt arbeidsmiljø

Begrepet brukes om de deler av arbeidsmiljøet som har sammenheng med de psykologiske arbeidskrav, og derfor faller utenom det rent fysiske arbeidsmiljøet. Det er altså de ikke-fysiske sider av arbeidet som beskrives av begrepet.¹⁶ Begrepet er en forkortelse for psykologiske og sosiale forhold i arbeid. Dette gjelder både miljøforhold og hva den enkeltes arbeid består i.¹⁷ For arbeidsretten vil dette særlig bestå av mellommenneskelige forhold, da arbeidet gjerne utføres i samarbeid med andre.¹⁸

¹⁶ Ot.prp.nr.50 (1993-1994) s.59

¹⁷ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s.53

¹⁸ Jakhelln, Oversikt over arbeidsretten s. 640

Arbeidsmiljølovens krav til det psykososiale arbeidsmiljøet, innebærer en erkjennelse av at mistrivsel på jobben er en stor påkjenning for mennesker. Dette kan i lengden også føre med seg fysiske konsekvenser.

1.4.2 Organisatoriske arbeidsforhold

Organisatoriske forhold betegner strukturelle forhold på arbeidsplassen. Dette kan for eksempel være ansvarsforhold, størrelse på enheter og grupper, team, arbeidstid, skiftordninger og formelle veier for kommunikasjon.¹⁹

Begrepet organisatoriske arbeidsmiljø har også vært brukt om psykososiale arbeidsmiljø, fra 1994 til ny lov i 2005.

1.4.3 Fysisk arbeidsmiljø

Det fysiske arbeidsmiljøet omhandler de fysiske forhold på arbeidsplassen.²⁰ Kravene kan innebære arbeidsutstyr, støy, stråling, bygnings- og utstyrmessige forhold og inneklima for å nevne noen. Kravene innebærer ulike verneinnredninger og liknende, og mange av reglene er fastsatt i forskrifter.

1.4.4 Innleie

Når jeg i oppgaven bruker uttrykket innleie eller innleie av arbeidstaker, vil det være innleie fra virksomhet som har til formål å drive utleie, etter aml. § 14-12, jeg sikter til. Det er disse forholdene lovgiver har sett størst grunn til å begrense, og dette er også de vanligste utleieforholdene. De gangene jeg sikter til virksomhet som ikke har til formål å drive utleie, vil jeg skrive det spesifikt.

¹⁹ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s.53

²⁰ Aml. § 4-4

1.4.5 Innleiebedrift eller innleier

Disse begrepene sikter til den virksomheten som har leid inn arbeidstakeren. Det er her arbeidstaker faktisk utfører arbeidsoppgaver, og innleier har instruksjonsrett over arbeidstakeren.²¹ Innleier vil også ha ansvar for eventuelle feil og forsømmelser arbeidstaker gjør under utførelse av arbeidet,²² og også være ansvarlig for arbeidsmiljøet på arbeidsplassen.

Det er ikke opprettet noen arbeidskontrakt mellom innleier og arbeidstaker. Innleier betaler heller ikke lønn direkte til arbeidstaker. Det er kontrakten mellom innleier og utleier som sikrer innleier at arbeidstaker faktisk er kvalifisert for de oppgavene han eller hun settes til.

1.4.6 Utleiebedrift eller utleier

Det er hos utleiebedriften arbeidstaker er ansatt. I dette forholdet er det også opprettet arbeidskontrakt. Utleier har ansvaret for overholdelse av reglene om ansettelse, oppsigelse og avskjed.²³ Arbeidstakerens tilknytning og forhold til utleier vil være av ulik styrke og art. I noen tilfelle har arbeidstakeren et trygt og godt forhold til utleiebedriften. Innleid arbeidstaker kan også være midlertidig ansatt i utleievirksomheten, da har utleier ansvar for at han overholder vilkårene i aml. § 14-9.²⁴

Utleiebedriften vil gjennom kontrakt med innleier leie ut arbeidstakere til ulike virksomheter. Kontrakten angir forholdet mellom innleier og utleier, som hvor mye utleier skal få betalt for utleid arbeidstaker og også eventuelle ansvarsforhold. I tillegg angir den også forhold som berører arbeidstakeren, som hvor mye arbeidstaker skal jobbe og hvilke kvalifikasjoner han skal ha.²⁵ Dette vil likevel som regel ikke innebære noe krav om en spesiell arbeidstaker, bare at arbeidstaker er kvalifisert for oppdraget.²⁶

²¹ NOU 1998:15 kap.5.2.1.3

²² NOU 1998:15 kap.5.2.1.3.

²³ NOU 1998:15 kap.5.2.1.3.

²⁴ NOU 1998:15 kap.5.2.1.3.

²⁵ NOU 1998:15 kap.5.1.1.

²⁶ Jakhelln og Aune: Arbeidsrett.no s.730

Aml. er ufravikelig²⁷, og partene kan derfor ikke ved kontrakten avtale at arbeidstaker skal ha dårligere forhold eller miste rettigheter som følger av loven.

1.5 Avgrensninger

1.5.1 Mot tjenestemannsloven

For ansatte i staten finnes egne bestemmelser om arbeid og arbeidsmiljø.²⁸ Jeg vil ikke i oppgaven behandle disse særskilt, men bare ta for meg reglene i de tilfellene hvor de har innvirkning på tolkningen av reglene jeg omhandler i arbeidsmiljøloven.

1.5.2 Mot virksomhet som ikke har til formål å drive utleie

Jeg vil i oppgaven kun ta for meg forholdene rundt arbeidstaker som er innleid fra bedrift som har til formål å drive utleie, normalt vikarbyråer. Det finnes andre regler for virksomheter som ikke har slikt formål,²⁹ typisk her er produksjonsbedrifter. Disse reglene behandler jeg ikke.

1.5.3 Mot tariffavtaler

Arbeidsmiljøloven åpner for at man ved tariffavtale kan inngå avtale om tidsbegrenset innleie uten å følge lovens krav.³⁰ Jeg vil ikke i oppgaven behandle slike tariffavtaler.

1.5.4 Mot bestemmelser om fysisk og organisatorisk arbeidsmiljø

De ulike arbeidsmiljøfaktorene vil virke inn på hverandre, og kan samlet eller hver for seg føre til psykiske eller fysiske problemer for arbeidstakerne. Jeg vil behandle de psykososiale faktorene. Det samlede arbeidsmiljø vil være avhengig av et godt samspill mellom alle faktorene.

Mellom organisatoriske og psykososiale forhold vil det kunne være glidende overganger.³¹ Jeg vil derfor komme inn på organisatoriske forhold, der dette også vil være av betydning for de psykososiale forhold.

²⁷ Aml. 1-9

²⁸ Tjenestemannsloven

²⁹ Aml. § 14-3

³⁰ Aml. § 14-12(2)

Når det gjelder det fysiske arbeidsmiljø vil jeg ikke behandle dette i oppgaven. Disse forhold vil gjerne være felles for den innleide arbeidstaker og de andre arbeidstakerne, og virksomheten vil dermed måtte opprettholde disse på samme måte overfor begge grupper. Dette ligger i at forholdene er fysiske på arbeidsplassen, og ikke gjelder i forhold til den enkelte arbeidstaker.

1.5.5 Mot regler om arbeidsgivers erstatningsansvar overfor arbeidstaker ved dårlig arbeidsmiljø

Arbeidsgiver vil kunne bli erstatningsrettslig ansvarlig både ved det objektive erstatningsansvar i skadeserstatningsloven § 2-1nr.1 og ved subjektivt ansvar hvis han kan holdes ansvarlig. Erstatningsreglene vil kunne være et moment som bidrar til å sikre et godt arbeidsmiljø, ettersom mulige sanksjoner vil være med på å føre til at arbeidsgiver etterlever reglene for å unngå disse. I tillegg vil også dette være en rett for arbeidstakeren, på erstatning hvis det dårlige arbeidsmiljøet har ført til økonomiske konsekvenser for han. Disse reglene innebære en behandling av de alminnelige erstatningsregler, og kan ikke gjøres innen rammen av oppgaven.

1.5.6 Mot retten til erstatning ved ulovlig innleie

Arbeidstakere kan kreve erstatning fra innleier ved brudd på bestemmelsene i § 14-12. Erstatning kan kreves istedenfor retten til fast ansettelse og fastsettes i samsvar med reglene i aml. § 15-12. Jeg behandler ikke dette i oppgaven.

1.6 Oversikt over den videre fremstilling

Retten til fast ansettelse vil ofte være avhengig av om innleier har overholdt vilkårene for når innleid arbeidstaker kan brukes. Mulighet for fast ansettelse vil være en konsekvens av at innleier har brutt de lovgitte vilkårene, noe som gjerne vil tyde på et varig behov for

³¹ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s.54

arbeidskraft.³² Jeg starter derfor med å behandle disse reglene.³³ Innleie av arbeidstakere og midlertidig ansettelse er alternativer for arbeidsgiver for å dekke det samme behovet for arbeidskraft.³⁴ Lovgiver har derfor gjort innleie lovlig i samme utstrekning som det er tillatt med midlertidig ansettelse,³⁵ og også hovedsakelig gitt de samme konsekvensene for de to situasjonene. Jeg vil derfor i oppgaven også bruke rettskilder som gjelder midlertidig ansettelse, ettersom regelen om midlertidig ansettelse skal tolkes på samme måte³⁶ ved innleieforhold vil disse være relevante.

Etter å ha tatt for meg vilkårene for innleie av arbeidstaker, går jeg over til å se på om eventuelt brudd på bestemmelsene vil føre til at innleid arbeidstaker kan få dom på fast stilling hos innleier.³⁷ Også arbeidstakers tilknytning til virksomheten er et viktig moment ved vurderingen, og muligheten for fast ansettelse vil øke hvis forholdet har vart over lang tid.³⁸ Jeg vil i denne forbindelse behandle innleid arbeidstakers muligheter for fast ansettelse ved varig behov, herunder den nye regelen om fast ansettelse etter fire års sammenhengende forhold i aml. § 14-(5).

Jeg går så over til å se på reglene om innleid arbeidstakers rett til et godt psykososialt arbeidsmiljø. Innleid arbeidstaker kan, som vi skal se, være særlig utsatt for et dårlig sosialt forhold til de andre arbeidstakerne. Jeg tar for meg kravene til det psykososiale arbeidsmiljøet i arbeidsmiljøloven, her særlig aml. § 4-3. Bestemmelsen om at arbeidstaker ikke skal utsettes for trakassering og annen utilbørlig oppførsel er av stor betydning for arbeidstakers trivsel, og jeg vil ta for meg hvilken betydning regelen har i forhold til innleid arbeidstaker. Det er også andre paragrafer i aml. som har innvirkning på det psykososiale arbeidsmiljøet, og jeg vil også ta for meg noen av disse. Her har jeg sett på om reglene kan ha annerledes virkning for innleide arbeidstakere enn i forhold til fast ansatte.

³² Ot.prp.nr.50 (1993-1994) s.166

³³ Kap. 2.1.

³⁴ Ot.prp.nr.70 (1998-1999) s.29

³⁵ Aml. § 14-12

³⁶ Ot.prp.nr.70 (1998-1999) s.29

³⁷ Kap.2.2.

³⁸ Rt.2006-1158 pkt.44

For å sikre et godt arbeidsmiljø har aml. en rekke bestemmelser om måter å innrette arbeidsplassen på for å opprettholde et godt arbeidsmiljø og også hvordan problemer som oppstår skal løses. Disse er viktige for å sikre at virksomheter faktisk har og fortsetter å ha et godt arbeidsmiljø for alle ansatte. Innleid arbeidstaker vil ofte ha sporadisk eller mer kortvarig kontakt med virksomheten, og jeg behandler på hvilken måte arbeidsplassen skal behandle de i slikt arbeidsmiljøarbeid.

2 Innleid arbeidstakers rett til fast arbeidsforhold hos innleier

Ved innleieforhold er det vanlig at arbeidstakeren blir tilsatt for et bestemt arbeid av tidsbegrenset karakter, arbeidsforholdet vil da opphøre ved avtalens utløp uten oppsigelse.³⁹ Forholdet kan også være tidsubestemt, da er det andre forhold enn tid som setter begrensninger for forholdet.

Hovedregelen i norsk rett er at arbeidstakere skal ansettes fast⁴⁰ med de rettigheter dette innebærer for arbeidstakeren. Det er, som vi skal se, strenge reguleringer rundt mulighetene for å leie inn arbeidstakere. Formålet med begrensningene er å hindre at innleie brukes for å omgå arbeidsmiljølovens regler om stillingsvern.⁴¹ Stillingsvernsreglene har til målsetting å trygge den enkelte arbeidstakers ansettelsesforhold. Reglene er blitt til i avgrensninger mellom arbeidstakers og arbeidsgivers interesser.⁴²

EU har opprettet et nytt vikardirektiv som omhandler innleide vikarer fra vikarbyråers rettigheter.⁴³ Uttrykket vikaransatt i direktivet brukes om personer som jeg i denne oppgaven har valgt å kalle innleid arbeidstaker.⁴⁴ Dette direktivet gjennomføres i EU fra 5.desember 2011,⁴⁵ og også Norge må endre sine regler slik at de er i overensstemmelse med direktivet innen den datoen.⁴⁶ Direktivets artikkel 4(1) omhandler medlemsstatenes adgang til å begrense eller forby bruk av innleid arbeidstaker. Denne bestemmelsen lyder:

”Forbud mod og restriktioner i anvendelsen af vikararbejde kan kun begrundes i almene hensyn til især beskyttelse af vikaransatte og krav til sundhed og sikkerhed på arbejdspladsen eller i behovet for at sikre et velfungerende arbejdsmarked og forebygge misbrug.”

³⁹ Ot.prp.nr.50 (1993-1994) s.164

⁴⁰ Aml. § 14-9(1)

⁴¹ Innst.O.nr.2 (1994-1995) s.29

⁴² Ot.prp.nr.50 (1993-1994) s.164

⁴³ 2008/104/EF

⁴⁴ 2008/104/EF art.3(1)c

⁴⁵ 2008/104/EF

⁴⁶ EØS-avtalen art.3 jf. EØS-loven § 1

Grunnlaget for den norske regelen er hensynet til lik regulering av bruk av vikar som midlertidig ansatt, da forholdene vil være alternative måter å dekke det samme arbeidsbehovet på for virksomheten.⁴⁷ Disse begrunnelsene vil, dersom de blir godkjent, ligge i behovet for å sikre et velfungerende arbeidsmarked og forebygge misbruk. Om grunnlaget er holdbart må tas opp til revisjon av den norske lovgiver.⁴⁸ Det er usikkert om slik revisjon vil føre til endring av de norske reglene.

Ved utleieforhold vil arbeidstakers forhold kunne være sikret gjennom arbeidstakerens arbeidsavtale med utleiebedriften. Behov for å få fast ansettelse hos innleiebedriften vil dermed ofte ikke være like viktig som for andre midlertidige ansatte. Likevel vil situasjonen kunne føles usikker, ettersom arbeidstakeren til en hver tid er avhengig av å kunne leies ut til ulike innleievirksomheter. Det er ofte også usikkert hvilke typer arbeidsoppgaver nye innleievirksomheter vil gi arbeidstakeren. Situasjonen gir også en oppsigelsesfare ettersom utleiebedriften ikke selv har et eget arbeidsbehov, man vil være avhengig av at utleiebedriften gjennom avtaler med innleiebedrifter får oppdrag å sette arbeidstakeren til. Arbeidstaker vil av disse grunner ofte kunne få større trygghet ved å kreve fast ansettelse i innleiebedriften.

Det er likevel ikke hensynet til arbeidstaker som er hovedgrunnlaget for arbeidstakers mulighet til fast ansettelse i innleiebedriften. Det er vesentlig ved vurderingen at innleie og midlertidig ansettelse ofte vil være alternativer for arbeidsgiver til å dekke sitt behov for midlertidig arbeidskraft. Det er derfor viktig for lovgiver at disse forholdene har den samme reguleringen, slik at ikke innleie brukes til omgåelse av reglene om midlertidig tilsetting.⁴⁹ Innleiebedriftens risiko for å få krav om fast ansettelse mot seg, innebærer risiko for en sanksjon hvis reglene ikke blir fulgt.

Reglene som gir innleid arbeidstaker rett til fast ansettelse hos innleier, er derfor i hovedsak de samme reglene som de som gjelder for midlertidig ansettelse. Arbeidsgiver må følge

⁴⁷ Ot.prp.nr.70 (1998-1999) s.29

⁴⁸ 2008/104/EF art.4(2)

⁴⁹ Ot.prp.nr.70 (1998-1999) s. 44

vilkårene for midlertidig ansettelse som er fastsatt i aml. § 14-9(1) a og b.⁵⁰ Er ikke vilkårene oppfylt vil dette gi innleid arbeidstaker grunnlag for å kunne kreve dom for fast ansettelse. Et annet forhold som kan gi grunnlag for fast ansettelse er at forholdet sammenhengende har vart i mer enn fire år. Som vi skal se⁵¹ vil et så langvarig forhold anses som en indikasjon på at også behovet er langvarig, og at dette kan være et brudd på de lovgitte vilkårene for innleie. Det følger av fireårsregelen i § 14-9(5) at arbeidstakeren i slike tilfellene kan kreve seg fast ansatt.

I saker som omhandler spørsmålet om retten til fast ansettelse har ofte erstatning som den endelige løsning.⁵² I praksis vil det gjerne være økonomisk kompensasjon som kreves.⁵³ Årsaken er at en prosess ofte kan skape vanskelige arbeidsforhold. Det fører til dårlige relasjoner mellom partene og det kan være psykisk krevende å arbeide for en arbeidstaker man har vært i prosess mot. Den faktiske muligheten til fast ansettelse vil derfor sjelden være av praktisk betydning for forholdet, men vil være av betydning for hvordan innleien skal bedømmes.

Jeg starter med å ta for meg vilkårene for hva som skal til for at innleie skal være lovlig. Denne behandlingen gir også en anvisning på hvilke tilfeller den innleide kan kreve seg fast ansatt. Jeg vil så behandle følgene av ulovlig bruk av innleide arbeidstakere. Jeg vil til slutt ta for meg arbeidsmiljølovens 4-årsregel.

2.1 Vilkår for lovlig innleie

Innleie av arbeidstaker kan gjøres i samme utstrekning som midlertidig ansettelse er lovlig, jf. aml. § 14-12 som viser til regelen i § 14-9(1). Lovtekstens vilkår tolkes også på samme måte for innleie som ved midlertidig ansettelse.⁵⁴

⁵⁰ Aml. § 14-12

⁵¹ Kap. 2.3

⁵² Eks. Rt. 1989-1116 og LG 2007-94292

⁵³ Se kap. 4

⁵⁴ Ot.prp.nr.70 (1998-1999) s.75

Lovgiver understreker at innleie av arbeidstakere og midlertidige ansettelser bare kan godtas i spesielle tilfeller.⁵⁵ Lovens utforming viser også dette ved å si at fast ansettelse er hovedregelen i § 14-9(1) første punktum. Begrunnelsen for dette er hensynet til arbeidstakeren, fast ansettelse er en tryggere arbeidsform som bedre kan hindre utnyttelse av arbeidstakere.⁵⁶ Lovgiver har likevel anerkjent arbeidsgivers legitime behov for midlertidige forhold, og reglene har blitt til med grunnlag i en avveining av arbeidstakers og arbeidsgivers behov.⁵⁷

Jeg vil nå behandle vilkårene etter § 14-9(1) a og b, da disse som nevnt er de mest aktuelle vilkårene ved innleieforhold.⁵⁸ Innleie av arbeidstaker kan bare lovlig skje i de tilfellene hvor behovet er midlertidig, en del av formålet med vilkårene er derfor å avklare om behovet egentlig er av mer varig art. Vilårene i c, d og e gjelder praksisarbeid, deltakelse i arbeidsmarkedstiltak eller ulike stillinger innen den organiserte idretten. Disse vil i prinsippet kunne være tilfeller hvor innleie av arbeidstaker vil være lovlig, men disse vil ikke være særlig aktuelle for innleieforhold.⁵⁹

2.1.1. "Når arbeidets karakter tilsier det og arbeidet atskiller seg fra det som ordinært utføres i virksomheten"

Vilkåret som her omhandles står i aml. § 14-9(1) a. Kapitteloverskriften er en nøyaktig gjengivelse av bokstavens ordlyd:

"Avtale om midlertidig ansettelse kan likevel inngås: a) når arbeidets karakter tilsier det og arbeidet atskiller seg fra det som ordinært utføres i virksomheten"

⁵⁵ Ot.prp.nr.90 (1998-1999) s.44

⁵⁶ NOU 1998-15. kap.12.3.1.

⁵⁷ Ot.prp.nr.24 (2004-2005) kap.16.2.3.

⁵⁸ Ot.prp.nr.54 (2008-2009) s.43

⁵⁹ Ot.prp.nr.54 (2008-2009) s.43

Dette er en bestemmelse som må vurderes hvis ingen av de andre alternativene for midlertidig ansettelse etter paragrafen er oppfylt. Dette blir en ”sekkepost” og ordlyden er noe uklar og vanskelig tilgjengelig for brukere av loven.⁶⁰

Bestemmelsen ble vedtatt endret til ”arbeidstaker som bare trengs for å utføre et bestemt oppdrag”. Det var ikke ment som en endring av regelen, men et forsøk på å tydeliggjøre hva som mentes med bestemmelsen.⁶¹ Denne lovteksten tro derimot aldri i kraft, ettersom den etter regjeringsskifte i 2005 igjen ble endret til den nåværende ordlyd, som er likelydende med den dagjeldende ordlyden i den tidligere aml. av 1977.⁶² Eldre praksis og lovforarbeider vil derfor være relevant ved tolkningen av paragrafen, og også behandlingen av paragrafen i ot.prp.nr.49 (2004-2005), da den er av klargjørende karakter.

Om arbeidets karakter er slik at innleie av arbeidstaker lovlig kan avtales beror på en skjønnsmessig helhetsvurdering.⁶³ Det er flere momenter som må vurderes og veies opp mot hverandre. Uttrykket må tolkes strengt.⁶⁴ Det underliggende spørsmål ved vurderingen er om arbeidsgiver egentlig har et varig behov og at behovet dermed kunne vært løst ved fast ansettelse. Bruken av innleid arbeidstaker vil da anses som en omgåelse av bestemmelsene om arbeidstakers stillingsvern ved fast ansettelse.⁶⁵ Loven er blitt til gjennom en avveining av arbeidstakers behov for stillingsvern mot arbeidsgivers behov for tidsavgrensede forhold,⁶⁶ disse interessene må også vurderes ved avgjørelse av om forholdet er lovlig.

Det er en rekke forhold som vil ha betydning ved vurderingen av om ”arbeidets karakter tilsier det”. Forholdene vil variere i de ulike tilfeller og dette må derfor vurderes og avveies konkret. Jeg vil her ta for meg ulike momenter som vil ha vekt. Listen er ikke uttømmende,

⁶⁰ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s.214

⁶¹ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s.214

⁶² Ot.prp.nr.24 (2005-2006) s.4

⁶³ Rt. 1997-278

⁶⁴ Rt. 1985-1141

⁶⁵ Ot.prp.nr.50 (1993-1994) s.166

⁶⁶ Ot.prp.nr.90 (1998-1999) s.40

og det kan finnes spesielle forhold i den enkelte sak som tilsier andre momenter. Jeg vil for hvert moment behandle hvor generelt gjeldende det eventuelt er.

2.1.1.1. Arbeidet atskiller seg fra det som ordinært utføres i virksomheten

Etter ordlyden står dette som ett av to kumulative vilkår for at arbeidstakeren skal være lovlig innleid etter dette alternativet. Høyesterett har likevel avgjort at dette vilkåret ikke er absolutt, jeg behandler dommen hvor dette kommer frem nærmere nedenfor. Dette er likevel et sentralt kriterium for å avgjøre om kravet til arbeidets karakter er oppfylt. Det skal mye til for å anse et forhold som lovlig midlertidig ansettelse uten at kravet er oppfylt.

Punktet ble tatt inn i lovteksten i 1995 ettersom kommunalkomiteen var bekymret for stadig mer bruk av midlertidig ansettelse. Det var frykt for at dette kunne være til skade for muligheten til fast ansettelse. Hensikten med tillegget var særlig å klargjøre hva som er det egentlige innholdet i regelen.⁶⁷

Vurderingen av om arbeidet skal anses som arbeid som ordinært utføres i virksomheten vil måtte innebære en gjennomgang av hvilken type arbeid som vanligvis utføres i virksomheten. Dette vil også innebære en klargjøring av hvilken type arbeidskraft virksomheten til stadighet har behov for. Det vil her være klart at arbeidsoppgaver som ligger innenfor virksomhetens kjerneområde ligger innenfor ordlyden.⁶⁸ Usikkerhet knytter seg til arbeidsoppgaver som er mindre vanlige for virksomheten, men likevel av en karakter som oppstår fra tid til annen. En må da vurdere hvor vanlig de er for virksomheten. Oppgaver som virksomheten har planer om å fortsette med i uoverskuelig fremtid vil klart anses som fast, selv om den ikke ligger innenfor virksomhetens hovedfelt.⁶⁹ Prosjektarbeid og annet ”bestemt arbeid av forbigående art” vil ligge utenfor uttrykket.⁷⁰ I tvilstilfelle vil de andre vurderingene rundt uttrykket arbeidets karakter være avgjørende for om innleien anses lovlig.

⁶⁷ Innst.O.nr.2 (1994-95) s.29

⁶⁸ Rt. 1997-277

⁶⁹ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s.214

⁷⁰ Ot.prp.nr.50 (1993-1994) s.165

Etter ordlyden står kravene som nevnt som kumulative vilkår: ”når arbeidets karakter tilsier det *og* arbeidet atskiller seg fra det som ordinært utføres i virksomheten”. I Rt. 2001-1413 (Minerydderdommen) ble spørsmålet om ”arbeid som atskiller seg fra det som normalt utføres i virksomheten” er et absolutt krav etter loven behandlet. Her hadde Norsk Folkehjelp benyttet seg av midlertidig arbeidskraft til minerydding. Disse arbeidsoppgavene er en viktig del av Norsk Folkehjelps ordinære virksomhet. Etter en vurdering av Norsk Folkehjelps behov og praktiske forhold, slo Høyesterett fast at bestemmelsen ikke stiller et absolutt vilkår om at de arbeidsoppgavene som skal gi grunnlag for midlertidig ansettelse innholdsmessig sett må skille seg fra virksomhetens ordinære oppgaver. Dommen er også senere anerkjent av lovgiver,⁷¹ og må anses for å gi uttrykk for gjeldende rett.

Tilleggskravet er beholdt i loven, til tross for dommen, og videreført ved senere lovendring. Det kan derfor ikke sees bort ifra ved tolkningen av lovteksten. Ved å være en del av lovens ordlyd skal det mye til for at innleie anses lovlig hvis arbeidet er av en vanlig art for bedriften. Dette vil bare kunne bli resultatet i enkelte tilfelle.⁷² Kravet er dermed et viktig moment som må tillegges stor tyngde ved vurderingen av uttrykket ”arbeidets karakter”.⁷³

Begrunnelsen for at vurderingen av om arbeidet atskiller seg fra det som ordinært utføres i virksomheten vil være viktig ligger i arbeidsgiverens fremtidige behov for arbeidskraften. Er arbeidstaker innleid til arbeid som ikke er vanlig i virksomheten, er det fare for at virksomheten av denne grunn ikke vil ha arbeid til disse arbeidstakerne i fremtiden. Dette gir også en indikasjon på at behovet ikke er fast. Er arbeidet derimot av type som er vanlig for virksomheten gir en større mulighet for at den kan ha et varig behov for arbeidstakere som innehar den spesielle type kompetanse. Ved et slikt varig behov vil fast ansettelse som er hovedregelen måtte benyttes.⁷⁴

⁷¹ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s.202

⁷² Rt.2001-1422

⁷³ Rt. 2001-1413

⁷⁴ Aml. § 14-9(1)1.setning

2.1.1.2. Innleiens varighet

Det er nettopp karakteren av midlertidighet som gjør innleie lovlig,⁷⁵ og for å avgjøre lovligheten er det klart at varigheten av forholdet vil være et vesentlig moment. Strekker forholdet seg over lang tid vil dette tyde på at arbeidsgiver har et varig behov.⁷⁶

Varer innleieforholdet over lang tid vil dette også føre til at arbeidstakeren får et sterkere tilknytningsforhold til virksomheten, det samme vil være tilfellet ved stadig forlengelse av forholdet. Til tross for at tilfellene har samme virkning for arbeidstaker vil årsaken til forlengelsen være en viktig tolkningsfaktor. Er forlengelsen begrunnet i at prosjektet tar lenger tid enn først antatt, vil dette stort sett aksepteres. Forlengelser begrunnet i nye eller andre arbeidsoppgaver, vil kunne bli ansett som et bevis på at det foreligger et mer permanent behov for arbeidstakeren og at innleien er en omgåelse av stillingsvernet.⁷⁷

Lovgiver har satt en absolutt grense på forhold som sammenhengende varer lenger enn fire år, da vil det uansett anses som fast ansettelse. Dette skal vi se nærmere på når jeg tar for meg § 14-9(5) i kap 2.3.

2.1.1.3. Tidsavgrenset forhold

I dette ligger det et krav om at arbeidsgivers behov faktisk er tidsavgrenset, og at fast ansettelse dermed ikke kunne vært et alternativ. Ved et permanent arbeidsbehov er det klart at innleie ikke vil være lovlig.⁷⁸

Kravet til at forholdet er tidsavgrenset må vurderes løpende. Det er ikke nok at behovet er tidsbegrenset ved inngåelsen av kontrakt om innleie. Det kan heller ikke senere gå over til å bli et varig forhold.⁷⁹ Den tidsavgrensede karakteren må til en hver tid vurderes konkret.

⁷⁵ Aml. § 14-9(1)2.setning

⁷⁶ Ot.prp.nr.50 (1993-1994) s.166

⁷⁷ Ot.prp.nr.50 (1993-1994) s.166

⁷⁸ Ot.prp.nr.70 (1998-1999) kap. 6.3.3.3.

⁷⁹ Ot.prp.nr.50 (1993-1994) s.165

Det er klart at enkeltstående prosjekter vil gå inn under begrepet tidsavgrenset forhold.⁸⁰ For virksomheter hvor en stor del av oppdragsmengden består av midlertidige kontrakter, gir lovverket en viss fleksibilitet med mulighet til å ha en del av arbeidstakerne som midlertidige forhold, da dette fører til varierende arbeidsomfang og personalbehov.⁸¹ Det er likevel ikke i seg nok at arbeidet er organisert i prosjekter eller enkeltstående oppdrag. Gjentar prosjekter med behov for samme type arbeidskraft seg til en stadighet vil behovet anses som fast.⁸² Dersom prosjektet går over til å bli en varig oppgave vil innleien også bli ulovlig.

Det tidsavgrensede preget kan også lovliggjøre bruk av innleid arbeidskraft ved arbeid som er av en vanlig art for virksomheten. Et eksempel her er sesongarbeid hvor sesongmessige svingninger gjør innleie av arbeidstaker lovlig i perioder.⁸³ Også prosjekter som er vanlige for virksomheten kan ha et så tidsavgrenset preg at bruk av innleid arbeidstaker blir lovlig. Et eksempel her er bygningsarbeidere som ansettes for å fullføre et bestemt bygg.⁸⁴ Det er viktig ved vurderingen om det foreligger spesielle forhold eller hensyn som nødvendiggjør en tidsbegrenset avtale,⁸⁵ f.eks. midlertidig økt bemanningsbehov.

Det er likevel ikke slik at det er et krav for innleie at det er mulig å definere arten og omfanget av forholdet. Det vil være lovlig med innleie for et oppdrag selv om man er usikker på varigheten.⁸⁶ Som vi skal se⁸⁷ er loven heller ikke til hinder for innleie for utførelse av løpende arbeidsoppgaver når man ikke får kvalifisert arbeidskraft til stilling.⁸⁸ Det avgjørende vil være om det er saklig behov for det, og at ansettelsen er begrenset til det som er strengt nødvendig.

⁸⁰ Ot.prp.nr.50 (1993-1994) s.165

⁸¹ Ot.prp.nr.50 (1993-1994) s.179

⁸² Ot.prp.nr.24 (2005-2006) s.4

⁸³ Ot.prp.nr.50 (1993-1994) s.179

⁸⁴ Ot.prp.nr.41 (1975-1976)

⁸⁵ Ot.prp.nr.50 (1993-1994) s.166

⁸⁶ Ot.prp.nr.50 (1993-1994) s.166

⁸⁷ Kap. 2.1.1.8.

⁸⁸ Rt. 1985-1141

Usikkerhet i fremtidige forhold rundt virksomhetens behov for arbeidskraft vil ikke kunne begrunne bruk av vikar.⁸⁹ Forholdet vil da ikke være tidsavgrenset.

2.1.1.4. Regelmessighet

Har virksomheten stadig behov for en bestemt type arbeidskraft kan virksomheten tilfredsstille sitt behov gjennom en fast ansatt. Bruk av innleid arbeidstaker i slike tilfelle vil derfor kunne være en omgåelse av stillingsvernet.⁹⁰ Dette vil derfor være et moment som taler imot at innleie av arbeidskraft kan brukes.

2.1.1.5. Arbeidsgivers behov

Dette innebærer forhold hos den enkelte arbeidsgiver som kan tilsi bruk av innleid arbeidstaker. Det er vesentlig å vurdere om arbeidsgiver hadde et saklig behov for midlertidig arbeidskraft.

Et eksempel på slike spesielle forhold finner vi i den tidligere omhandlede Minerydderdommen.⁹¹ Det var flere forhold i denne saken som begrunnet at høyesterett anså den midlertidige ansettelse som lovlig. Internasjonalt bistandsarbeid er midlertidig etter sitt formål, formålet er nettopp at lokalbefolkningen skal settes i stand til selv å løse oppgavene. Forutsetningene for bidragsyternes økonomiske ytelser til Norsk Folkehjelp er at bistandsarbeiderne skal gjøre seg selv overflødige gjennom utfasing. Oppdrag finansieres også gjennom kortsiktige bevilgninger. Eventuelle nye oppgaver kan kreve andre kvalifikasjoner hos arbeidstaker. Høyesterett ville ikke overprøve Norsk Folkehjelp på dette punkt. Fast stilling innen bistandsarbeid, særlig minerydding, vil også kunne påføre en eventuell fast ansatt uvanlige og uforutsigbare påkjenninger og belastninger. Disse forholdene var ble avgjørende i saken for Høyesterett.⁹²

⁸⁹ Ot.prp.nr.50 (1993-1994) s.179

⁹⁰ Innst.O.nr.2 (1994-1995) s.29

⁹¹ Kap.2.1.1.

⁹² Rt.2001 s.1423

Enkelte virksomheter kan ha et særlig behov for ny arbeidskraft med grunnlag i spesielle arbeidsoppgaver som krever fornyelse og kreativitet i arbeidstroppen. I forarbeidene nevnes NRK som et eksempel.⁹³

2.1.1.6. Virksomhetens faktiske sysselsettingsmuligheter

For å avgjøre om virksomheten faktisk har et midlertidig behov, vil det være nyttig å se på om det finnes faktiske sysselsettingsmuligheter for vedkommende arbeidstaker også ved avtalens utløp.⁹⁴ Dette tyder på at virksomheten trenger flere ansatte og like godt kunne ha en ansatt en arbeidstaker på varig kontrakt i stedet for å leie inn. Finnes ingen sysselsettingsmuligheter, vil en eventuell dom på fast ansettelse kunne resultere i at den tidligere innleide arbeidstaker til slutt sies opp.

Ved vurderingen her vil arbeidstakers kvalifikasjoner ha betydning for vurderingen. Har han bred kompetanse vil han kunne brukes til flere oppgaver i virksomheten. Dermed vil sysselsettingsmuligheter for slike arbeidstakere være større enn for arbeidstaker med en spesiell kompetanse.⁹⁵

2.1.1.7. Organisering av innleieforholdet

Hvis forholdet fra innleiers side er organisert på en ryddig måte er dette et moment som taler til innleiers fordel og for at innleien er lovlig. Dette tyder på at virksomheten tar situasjonen på alvor. Dette gir også et mer gjennomsluktig forhold i bedriften, og et eventuelt forsøk på omgåelse av stillingsvernet vil være lettere å avklare.⁹⁶

2.1.1.8. Innleie når ingen søkere til stilling oppfyller kvalifikasjonskrav

Arbeidsmiljøloven som ble vedtatt i 2005, men opphevet av Stoltenbergregjeringen når den kom til makten, gav mulighet for midlertidig ansettelse hvis det ikke var mulig å tilsette person som fyller lovbestemte kvalifikasjonskrav. Hvis bestemmelsen hadde fått uttrykk

⁹³ Innst.O.nr.90 (1976-1977) s.26

⁹⁴ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s.214

⁹⁵ Ot.prp.nr.50 (1993-1994) s.180

⁹⁶ Ot.prp.nr.50(1993-1994) s166

gjennom lovtekst ville den vært lettere tilgjengelig.⁹⁷ Den ble ikke videreført av den nye regjeringen.⁹⁸ Bestemmelsen som må benyttes for å avgjøre spørsmålet er aml. § 14-9a. Bestemmelsen skal også her tolkes likt som aml. av 1977 § 58A.⁹⁹

Loven må tolkes strengt, men formuleringen i § 14-9a åpner for midlertidig ansettelse i tilfelle hvor det arbeid som skal utføres, etter sin karakter ikke kan sies å være begrenset i tid eller omfang.¹⁰⁰ Det vil derfor kunne være mulig å ansette midlertidig når ingen søkere oppfyller kvalifikasjonskrav satt for stillingen. Dermed vil innleie av arbeidstaker også være mulig i disse tilfellene. Dette må bedømmes konkret og kvalifikasjonskravenes karakter må vurderes. Institusjonens egenart vil være en viktig del av vurderingen.¹⁰¹

Begrunnelsen for at innleid arbeidstaker lovlig kan benyttes i slike tilfeller, er virksomheten sikres muligheten til å knytte til seg ansatte med riktige kvalifikasjoner. Eventuelt fast ansatte uten kvalifikasjonene vil føre til at virksomheten ikke har ledige stillinger ved senere kvalifiserte søkere. Det vil oppstå en blokkeringsfare.¹⁰²

Det må være et saklig og reelt behov for personell med kvalifikasjonene.¹⁰³ For lovbestemte kvalifikasjonskrav er det klart at behovet vil bære saklig og reelt, da det ikke her vil være lov til å ansette fast mennesker uten kvalifikasjonene. Det faktiske behovet for de bestemte kravene må ellers vurderes konkret. Her er det viktig at de er saklig begrunnet og nytten for virksomheten av å ansette personer med kvalifikasjonene må være reell. Det er i rettspraksis akseptert at krav til utdanning som ergoterapeut på psykiatrisk sykehus, er kvalifikasjonskrav som kunne begrunne midlertidig ansettelse når ingen kvalifiserte søkere meldte seg. Her var aktivtører midlertidig ansatt i stillingene. Høyesterett vurderte forskjellene i de ulike utdannelsene, og kom frem til at virksomheten hadde et faktisk

⁹⁷ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s.206

⁹⁸ Ot.prp.nr.24 (2005-2006)

⁹⁹ Ot.prp.nr.24 (2005-2006) s.5 og 12

¹⁰⁰ Rt. 1985-1146

¹⁰¹ Innst. O. nr.90 (1976-1977) s.26

¹⁰² Rt. 1985-1151

¹⁰³ Rt. 1985-1150

grunnlag for å forbeholde stillingene for ergoterapeuter fremfor aktivitører, da disse har en annen faglig kompetanse. De kan blant annet opprette behandlingsopplegg for pasientene.¹⁰⁴ Dette ble dermed ansett som et gyldig kvalifikasjonskrav.

Et spørsmål som er relevant ved vurderingen av kvalifikasjonskravene i virksomheten er om disse er realistiske. Det må faktisk være mulig å få ansatt personer med de nødvendige kvalifikasjoner innen en viss tid.¹⁰⁵ Bedriften skal ikke lovlig kunne sette høye kvalifikasjonskrav, for så på dette grunnlag ha et stort vikarbehov over en lang periode.

Hvor lenge forholdet pågår er også relevant. Dette spørsmålet ble behandlet i Rt. 1991-872. Her hadde en arbeidstaker vært midlertidig ansatt i 12 år med begrunnelsen at han manglet nødvendige kvalifikasjonskrav. Arbeidsforholdet var inndelt i perioder på først 1 år og senere ½ år. Det ble vurdert om dette forholdet var saklig begrunnet og begrenset til det strengt nødvendige. Retten tok utgangspunkt i bemanningsplanen i virksomheten som forutsatte kvalifikasjonskrav for stillingen. Retten vurderte så de faktiske forhold rundt praktiseringen av kvalifikasjonskravene. Retten bemerket at innslaget av ikke-kvalifiserte arbeidstakere er meget stort. Det har vært ”systematisk bruk av midlertidige avtaler for å løse et permanent bemanningsproblem”. Førstvoterende påpekte at til tross for at særegne forhold innen helsesektoren kan tilsi utstrakt bruk av tidsbegrensede avtaler ”må bestemmelsen ... antas å sette grenser for hvor lenge kvalifikasjonskrav som dem X praktiserte kan begrunne midlertidig tilsetning i stilling arbeidstakeren ikke er formelt kvalifisert for, men har fylt”. Tilsetning over en viss tid kan bringe forholdet under det vanlige oppsigelsesvernet. Det uttaltes at ”hvor lenge midlertidighet kan aksepteres, vil måtte avgjøres konkret ved avveining av de samme interesser”. Interessene det her visses til er arbeidstakers interesse i stillingsvern og arbeidsgivers behov for å tidsbegrense arbeidsavtalen. I dommen ble det ansett som for lenge med en midlertidig ansettelse på over 12 år. Dette ville uansett ikke være lovlig nå pga. fireårsregelen. Det at en person har

¹⁰⁴ Rt.1985-1146

¹⁰⁵ Rt. 1985-1141 og Rt. 1991-172

innehatt en stilling over så lang tid, vil også gi arbeidstaker kvalifikasjoner gjennom praksis. I Rt. 1985-1141 ble et forhold som hadde vart i 2år godkjent som midlertidig.

2.1.2. Arbeid i stedet for en annen eller andre (vikariat)

Dette er det andre grunnlaget som er aktuelt ved innleie av arbeidstaker, regelen står i aml. § 14-9(1) b og lyder slik:

”Avtale om midlertidig ansettelse kan likevel inngås:...b) for arbeid i stedet for en annen eller andre (vikariat)”.

Regelen er en videreføring av reglen i aml. av 1977 og uttalelser og forarbeider til denne gjelder fortsatt.¹⁰⁶

Begrepet vikariat skal i utgangspunktet forstås slik at den som vikarierer fyller bestemte oppgaver eller en bestemt stilling ved fravær av andre arbeidstakere. Det er ikke et krav om at den som en fyller stillingen for er angitt eller at varigheten av vikariatet kan angis på forhånd.¹⁰⁷ Det er lovlig å benytte vikarer som ikke er knyttet til en bestemt person. Virksomheten kan selv velge hvordan den vil organisere forholdet i praksis. Det er lovlig med ulike former for omorganisering av driften f.eks. slik at andre ansette tar den fraværende arbeidstakerens oppgaver og at vikaren da utfører de resterende oppgavene.¹⁰⁸

Vurderingen av vikarforholdets lovlighet er todelt. Først må det vurderes om det egentlig foreligger et mer permanent behov for ytterligere arbeidskraft som burde vært dekket gjennom fast ansettelse.¹⁰⁹ Dersom det ikke foreligger et slikt behov for ytterligere arbeidskraft må retten vurdere om det foreligger særlige forhold som tilsier at den innleide

¹⁰⁶ Ot.prp.49(2004-2005) s.202

¹⁰⁷ Ot.prp.nr.50 (1993-1994) s.165

¹⁰⁸ Jakhellen og Aune: Arbeidsrett.no s.707

¹⁰⁹ Ot.prp.nr.50 (1993-1994) s.165

likevel bør gis fast ansettelse.¹¹⁰ Hvis det foreligger et permanent behov kan også særlige forhold tilsi at virksomheten likevel lovlig kan bruke innleid vikar til å fylle behovet.¹¹¹

2.1.2.1. Permanent behov for ytterligere arbeidskraft

Det vil som utgangspunkt ikke være noe til hinder for at en bedrift benytter samme vikar gang på gang, og at den samme personen har det ene vikariat etter det andre. Det finnes likevel grenser for hva som kan avtales av fortløpende vikariater.¹¹²

Et vikariat må være konkret begrenset i en eller annen form. Lovligheten må vurderes i forhold til de faktiske forhold i innleievirksomheten. Det er ikke lovlig å inngå løpende vikaravtaler for å fylle et konstant behov, innenfor en større virksomhet med stabil fraværspersent.¹¹³ I slike tilfeller bør virksomheten dekke behovet ved fast ansettelse.¹¹⁴ Et eksempel fra rettspraksis er Rt. 1989-1116. Her hadde bedriften et stabilt og påregnelig fravær på 10-14 % for 210-320 arbeidstakere. Dette forholdet fant retten at kunne vært løst ved fast ansettelse. Vikaren ble ansett som fast ansatt.

Større virksomheter bør ha fast ansatte som fyller ekstrabehovet ved sykdom ol. Rt. 2006-1158 (Ambulansedommen) gjelder organiseringen av vikarer for ambulanser i Akershus. Dommen omhandler vikarbestemmelsen i den tidligere aml. Denne er videreført i loven av 2005 og dommen har derfor fortsatt betydning.¹¹⁵ Her var det opprettet en såkalt vikarpool med lister over mennesker som ble tilkalt når det midlertidig var behov for ansatt en periode pga. sykdom el.. Virksomheten hadde et fast vikarbehov. Ambulansetjenesten hadde 140 årsverk og fraværspersenten var 27. Fraværet var også jevnt fordelt over året,

¹¹⁰ TOSLO. 2004-11711

¹¹¹ Se kap.2.1.2.3.

¹¹² Rt. 1989-1120

¹¹³ Ot.prp.nr.50 (1993-1994) s.165

¹¹⁴ LG. 2002-1045

¹¹⁵ Rt. 2006-1158 pkt.34

noe som er vesentlig for at fast ansettelse skal være et alternativ.¹¹⁶ Ordningen ble ansett som ulovlig. Høyesterett uttaler:

*” Om en vikaravtale skal bli satt til side som stridende mot § 58A, har etter dette for det første en side til bedriftens behov - et fast arbeidskraftbehov skal ikke dekkes ved vikariater, men med en større grunnbemanning av fast ansatte. Det innebærer at det normalt er for noe større bedrifter med noenlunde jevnt og forutsigbart behov for vikarer at en slik vikarpool som i vår sak kan være ulovlig.”*¹¹⁷

Det vil være vesentlig ved avgjørelsen av vikaravtalens lovlighet å se på om virksomheten er organisert på en slik måte at tilfeller med ordinært fravær dekkes.¹¹⁸ I større virksomheter er det i de ekstraordinære tilfeller vikar kan benyttes. Det kan likevel være forhold i virksomheten som gjør at fravær i praksis ikke kan dekkes ved fast ansettelse. Muligheten for midlertidig ansettelse i disse tilfellene skal vi se på nedenfor i kap.2.1.2.4.

2.1.2.2. Tilkallingshjelp eller ringevikar

Innleide arbeidstakere blir også brukt som tilkallingshjelp ved arbeidstopper eller uventet sykdom. Tilkallingshjelp kan brukes med grunnlag i både a og b, og det oppstår noen særlige spørsmål som er felles. Jeg behandler disse samlet her.

Det er vesentlig å avgjøre om det egentlig foreligger et stabilt, løpende behov for arbeidskraften. Ekstrahjelp skal ikke benyttes for å dekke et slikt behov. Dette vil i tilfellet være en omgåelse av stillingsvernet.¹¹⁹ Heller ikke usikkerhet rundt bedriftens arbeidskraftsbehov, f.eks. ved nystartede bedrifter, være nok for å begrunne bruk av ekstrahjelp.¹²⁰

¹¹⁶ Rt. 2006-1158 pkt.40

¹¹⁷ Rt. 2006-1158 pkt.39

¹¹⁸ LG. 2002-1045

¹¹⁹ Ot.prp.nr.50 (11993-1994) s.165

¹²⁰ Ot.prp.nr.50 (1993-1994) s. 179

Viktige vurderingspunkter vil være omfang, hyppighet og stabilitet i arbeidet. Disse punktene er indikasjoner på om det er mulig for virksomheten å dekke behovet gjennom fast ansettelse. I Ambulansedommen ble det benyttet tilkallingsvikarer gjennom en vikarpool. I dommen var dette et fast forhold som dekket ambulansetjenestens fravær. Høyesterett vurderte her omfanget av behovet, dette var som nevnt stort med 27 % fravær på 140 årsverk. I tillegg var det stabilt og hadde vart over flere år.¹²¹ Denne ordningen var ulovlig og behovet kunne vært dekket gjennom fast ansettelse.

Arbeidsgiver må ha et visst skjønn i valget mellom å øke grunnbemanningen eller benytte vikarer.¹²² I grensetilfeller vil derfor virksomheten selv kunne vurdere hvordan behov skal dekkes.

2.1.2.3. Særlige tilfeller som tilsier at den innleide bør gis fast ansettelse, til tross for at det ikke foreligger et permanent behov for hans arbeidskraft

I Rt. 1989-1120 uttales det at vikaren i *særlige tilfeller* kan kreve fast ansettelse selv om det ikke foreligger et permanent behov for hans arbeidskraft. Dette kan skje når lovens bestemmelser og formål sett i sammenheng tilsier et slikt resultat.¹²³

Jeg har ikke funnet rettsavgjørelser hvor det er lagt til grunn at det foreligger et slikt særlig tilfelle. Det vil måtte foretas en avveining av arbeidstakerens behov for stillingsvern og arbeidsgiverens manglende behov for arbeidstakeren. Fast ansettelse bør bare gis i særlige tilfelle, ettersom arbeidsgivers manglende behov for arbeidstaker til syvende og slutt kan føre til en ordinær oppsigelse ved eventuell dom på fast forhold.¹²⁴ Det er usikkert hva som skal til for at arbeidstakeren skal gis fast ansettelse i et slikt tilfelle. Jeg mener også at det skal mer til for at innleid arbeidstaker skal få en slik fast ansettelse enn for midlertidig

¹²¹ Rt. 2006-1158 pkt.40

¹²² Rt. 2006-1158

¹²³ Rt. 1989-1120

¹²⁴ TOSLO.2004-11711

ansatt. Dette fordi innleid arbeidstaker gjerne allerede er sikret gjennom arbeid i utleievirksomheten.

Dette unntakstilfellet kom også til før regelen om at den innleide uansett fikk rett til fast ansettelse etter fire år kom til. Det vil etter innføringen av denne regelen være et mindre behov for beskyttelse av arbeidstakeren, da de mest langvarige tilfeller nå uansett fører til fast ansettelse etter denne regelen.

2.1.2.4. Særlige forhold som tilsier at den innleide, til tross for fast behov, ikke bør gis fast ansettelse

Det vil kunne være spesielle forhold i virksomheten som gjør det vanskelig å organisere en vikarordning som fast ansettelse. Vanskelighetene kan komme pga. skiftarbeide eller som en følge av mange ulike kvalifikasjonskrav i virksomheten for forskjellige ansatte.

Et eksempel på det første finner man i LG. 2002-1045. Her omhandles bruk av vikar ved fravær på en brannstasjon hvor vikarbehovet varierer kraftig. Fraværet er knyttet til forskjellige vaktlag. Bare en person vil kunne tjenestegjøre på et vaktlag i samme periode for å følge reglene om hviletid ol. For at vikarbehov skulle kunne dekkes ved fast ansettelse måtte brannstasjonen ha økt antallet fast ansatte i ikke ubetydelig grad. Denne bemanningsøkningen ville føre til overbemanning i perioder uten fravær. Lagmannsretten sa derfor at fast ansettelse ikke var et alternativ og bruk av midlertidig ansatte i saken ble ansett som lovlig.

I Rt. 1989-1116 ble det vurdert om arbeidsforhold på plattformer i Nordsjøen var så særegne at bruk av vikar ved permanent behov likevel kunne aksepteres. De spesielle forholdene fører til at virksomheten trenger vikarer på kort varsel og det er krav om transportordning, sikkerhetskurs ol. Forholdene skaper også en spesiell situasjon for vikaren som forventes å reise ut til Nordsjøen på kort varsel. Høyesterett fant ikke at disse

spesielle forholdene kunne tilsi at midlertidig ansettelse av vikar skulle være lovlig til tross for permanent behov.¹²⁵

2.2. Virkningene av ulovlig innleie av arbeidstaker

Hovedregelen er at retten skal avsi dom for fast arbeidsforhold hos innleier hvis vilkårene for innleie er brutt, jf. aml. § 14-14(1). Dette gir innleid arbeidstaker samme rettigheter som en ulovlig midlertidig ansatt ville hatt i virksomheten.¹²⁶ Hensynet til et sammenhengende og konsistent regelverk for innleie og midlertidig ansettelse tilsier de samme rettsvirkningene.¹²⁷

I tillegg til at vilkårene for innleie er brutt kreves også at arbeidstakeren har en tilstrekkelig fast tilknytning til bedriften for å kunne kreve fast ansettelse.¹²⁸ I Ambulansedommen behandler høyesterett dette spørsmålet. Her hadde arbeidstakeren hatt en gjennomsnittlig stillingsbrøk på 44 %, fordelt over alle måneder med unntak for ferie. Forholdet hadde vart i 14 måneder. Denne tilknytningen ble ansett som sterk nok.¹²⁹ Tilknytningen må vurderes konkret, og momentene behandlet i Ambulansedommen vil være viktige.

Andre punktum i § 14-14 gir innleier mulighet til å motsette seg krav fra innleid arbeidstaker om fast ansettelse er åpenbart urimelig etter en avveining av partenes interesser. Det vil måtte foretas en avveining mellom den innleide og innleiers interesser. Trepartsforholdet fører til at uttrykket ”åpenbart urimelig” her skal forstås mindre strengt enn tilsvarende regel i aml. § 14-9 om midlertidige ansettelser.¹³⁰ Momenter som er relevante i vurderingen er innleiers aktsomhet, varigheten av innleieforholdet, karakteren av den innleides arbeidsforhold hos utleier, overtallighet hos innleier o.l.¹³¹ Innleier vil ikke i innleieforhold selv ha ansatt vedkommende arbeidstaker. Innleier vil likevel være sikret

¹²⁵ Rt. 1989-1121

¹²⁶ Aml. § 14-11

¹²⁷ Ot.prp.nr.70 (1998-1999) s.45

¹²⁸ Rt. 2006-1158 pkt.39

¹²⁹ Rt. 2006-1158 pkt.44

¹³⁰ Ot.prp.nr.70 (1998-1999) kap. 6.3.3.5.

¹³¹ Ot.prp.nr.70 (1998-1999) kap. 6.3.3.5.

en kvalifisert person gjennom kontrakten med utleiefirma.¹³² Innleier har allerede benyttet seg av vedkommende arbeidstaker til oppgaver som nå er bedømt til å være varige. Har innleid arbeidstaker et sikkert arbeidsforhold hos utleievirksomheten vil dette være et moment som taler imot dom for fast ansettelse i innleievirksomheten.

Det er innleier som har best kjennskap til sin egen virksomhet. Han bærer derfor også i utgangspunktet risikoen for at ulovlig innleid arbeidstaker kan kreve seg fast ansatt. Det kan imidlertid tenkes situasjoner hvor innleier har vært i berettiget god tro om innleieforholdet. Dette kan være tilfellet om innleier tror han leier inn arbeidstaker fra virksomhet som "ikke har til formål å drive utleie" hvor vilkårene er mildere, men det viser seg at dette likevel ikke er tilfellet.¹³³

Ved avgjørelsen av om det skal avsies dom for fast ansettelse vil domstolen foreta en helhetsvurdering av de tre partenes interesser. Ettersom også utleier tas med i vurderingen vil retten kunne komme frem til en annen løsning enn ved annen midlertidig tilsetning. Innleid arbeidstaker vil være bedre sikret enn midlertidige ansatte da de kan ha gode tilsetningsforhold hos utleier. Ved slike tilfeller vil en dom for fast ansettelse kunne anses som åpenbart urimelig hvis innleieforholdet har vart i kort tid og vurderingen av forholdet har budt på tvil. Det vil måtte foretas en konkret vurdering.¹³⁴

2.2.1. Hvilken stilling vil eventuelt innleid arbeidstaker ha krav på?

Den innleide arbeidstaker har ikke vært ansatt hos innleier og har ingen form for arbeidskontrakt med innleier. Deres forhold vil være regulert gjennom kontrakt mellom innleier og utleier og utleier og arbeidstaker. Ved fast ansettelse skal det etableres arbeidsforhold mellom innleier og innleide.

¹³² Ot.prp.nr.70 (1998-1999) s.47

¹³³ Ot.prp.nr.70 (1998-1999) s.51

¹³⁴ Ot.prp.nr.70 (1998-1999) s.48

Det må foretas en konkret helhetsvurdering av den aktuelle sak for å avgjøre hvilken stilling den innleide har krav på. Lovgiver har gitt noen momenter som vil være relevante ved vurderingen:

” Departementet legger til grunn at domstolen må foreta en konkret helhetsvurdering av den aktuelle sak, der momenter som inngår i vurderingen bl.a er hvilke arbeidsvilkår arbeidstaker har hatt hos utleier, hvilke arbeidsoppgaver den innleide har utført hos innleier og nivået for lønn mv. hos innleier for tilsvarende arbeidsforhold. Dette innebærer at den innleide i utgangspunktet løper en risiko for at betingelsene for fast tilsetting kan bli dårligere enn betingelsene vedkommende hadde hos sin opprinnelige arbeidsgiver (utleier). ”¹³⁵

Det er arbeidsbehovet tilsvarende arbeidsoppgavene innleid arbeidstaker allerede har utført ut arbeidstaker han fortsatt skal fylle.

Ved midlertidig ansettelse har den ansattes stillingsbrøk blitt fastsatt skjønnsmessig ut fra hvor mye gjennomsnittlig arbeid som vedkommende har utført sammenhengende i perioden og ut fra stillingens karakter. Stillingsbrøken på sluttidspunktet er ikke avgjørende.¹³⁶ Det finnes ingen avgjørelser som sier noe om dette for innleid arbeidstaker. Ettersom likheten i regelverket er stor, vil jeg anta at vurderingen av hvilken stillingsbrøk innleid arbeidstaker har krav på vil være den samme som ved midlertidig ansettelse.

2.3. Fireårsregelen

Det er satt en øvre grense på fire år for innleie av arbeidstaker. En innleid arbeidstaker vil etter sammenhengende arbeid i fire år ha rett på fast ansettelse. Dette følger av aml. § 14-9 (5) 2.pkt., som etter § 14-12(3) vil gjelde tilsvarende for innleieforhold. Det vil derfor være viktig å avgjøre hva som skal telle med ved beregningen av denne fireårsperioden.

¹³⁵ Ot.prp.nr.70 (1998-1999) s.47

¹³⁶ Rt. 2009-578

Regelen lyder:

”Arbeidstaker som har vært sammenhengende midlertidig ansatt i mer enn fire år etter første ledd bokstav a og b, skal anses som fast ansatt slik at reglene om oppsigelse av arbeidsforhold kommer til anvendelse. Dette gjelder likevel ikke for arbeidstaker som er midlertidig ansatt etter første ledd bokstav c, d og e.”

Regelen er endret ved lovendring som tro i kraft 1.januar 2010. Endringen er av klargjørende karakter, og forarbeidene til den tidligere utformingen av leddet er fortsatt gjeldende.

Det er også foreslått ny siste setning i § 14-9 (5)¹³⁷ angående spørsmål om fradrag for sykefravær. Jeg tar for meg denne endringen ved behandlingen av fradragsspørsmål.

2.3.1. Bakgrunnen for regelen

Bestemmelsen kom inn i arbeidsmiljøloven i 2005 etter Bondevik II regjeringens forslag, og ble beholdt uendret av Stoltenbergregjeringen. Forarbeider gir en tredelt begrunnelse for reglen.¹³⁸

Den første begrunnelsen er å hindre at arbeidstakere blir gående på innleiekontrakter over lang tid i samme bedrift. Dette vil tyde på misbruk av reglene og at virksomheten egentlig har et langvarig og stabilt behov for arbeidskraften.¹³⁹ Det er fastsatt en grense for hvor lenge et forhold av midlertidig karakter kan vare før det uansett blir fast. Begrunnelsen for bruk av innleid arbeidstaker vil da falle bort ved at virksomheten har et varig behov. Det er denne begrunnelsen som fortsatt har betydning.

¹³⁷ Prop. 104 L (2009-2009)

¹³⁸ .prp.nr.49 (2004-2005) s.218

¹³⁹ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s.218

Den andre begrunnelsen var at regelen ville være i tråd med reglene i tjenestemannsloven.¹⁴⁰ Loven var ment til å oppheve tjenestemannsloven, og gjøre aml. gjeldende for alle, dette ble reversert av Stoltenbergregjeringen.¹⁴¹

Regelen skulle også være en motvekt til Bondevik II regjeringens utvidelse av adgangen til bruk av midlertidig ansettelse.¹⁴² Denne utvidelsen ble som nevnt senere opphevet, og sammenhengen her vil dermed ikke lenger ha betydning for bruken av regelen.

2.3.2. Når begynner opptjeningsperioden?

Ved ekstravakt- eller tilkallingsarbeid vil utgangspunktet være at hver enkelt ekstravakt ansees som en separat arbeidsavtale.¹⁴³ Disse forholdene har mer eller mindre jevne opphold. Det vil derfor være vesentlig å avgjøre om forholdene har tilstrekkelig omfang og hyppighet til at fireårsfristen starter å løpe. At en slik vurdering må foretas forutsettes i Rt. 2009-975 (Sykehuset – Innlandet) avsnitt 69.

Høyesterett sier i dommen at det for overtidsarbeid på 14 prosent er usikkert om perioden starter å løpe etter fireårsregelen. I dommen hadde den ansatte vært i hospitering hos sykehuset etter § 14-9c, og overtidsarbeidet ble ansett som en del av dette. Det ble derfor ikke vurdert nærmere her hvor grensen for hvor opptjening etter fireårsregelen går. Det er også vanskelig å avgjøre kravet til sammenheng i slike forhold, da hvert enkelt forhold anses som en separat arbeidsavtale. En lav stillingsbrøk fører også til at det naturlig vil oppstå opphold i arbeidet. Grensene er heller ikke behandlet i forarbeider og er derfor usikker. Kravet til sammenheng må vurderes konkret i forhold til de enkelte arbeidsforhold.¹⁴⁴ Jeg mener det også her bør vurderes med bakgrunn i omfang, hyppighet og stabilitet i forholdet, da disse punktene vil indikere forholdets fasthet.

¹⁴⁰ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s.218

¹⁴¹ Ot.prp.nr.24. (2005-2006) s. 10

¹⁴² Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s.209

¹⁴³ Ot.prp.nr.50 (1993-1994) s.179

¹⁴⁴ Midlertidig ansattes rett til fast stilling etter fireårsregelen av Christel Søreide i Arbeidsrett nr.3 2009

I ”Sykehuset Innlandet”-dommen ble det ansett som klart at ekstravaktstillinger tilsvarende 34 prosent stilling inngikk ved beregningen av fireårsregelen.¹⁴⁵ Dette ble ikke drøftet som usikkert, så det er ved de lavere stillingsbrøker det blir spørsmål om kravet er oppfylt.

2.3.3. Sammenhengende ansettelsesforhold

For å bli fast ansatt er lovens krav at den innleides tilknytning til virksomheten må ha vært ”sammenhengende i mer enn fire år etter bokstav a og b”. Det er flere uklarheter rundt hva dette kravet til sammenhengende innebærer:

2.3.3.1. Arbeidstaker har vært innleid på grunnlag av flere av alternativene i § 14-9(1) i perioden

Det har vært omdiskutert om vilkårene i c, d og e kan regnes med ved beregningen av samlet tid. Det er avgjort av høyesterett at de ikke kan det.¹⁴⁶ Disse vilkårene vil sjelden være aktuelle for innleieferhold.¹⁴⁷ Jeg vil derfor ikke behandle dette nærmere.

2.3.3.2. Virksomhetsrelaterte avbrudd i innleieferholdet

Med virksomhetsrelaterte avbrudd sikter jeg til perioder uten innleid arbeidstaker som skyldes driftsforhold i virksomheten. Avbruddet er altså et resultat av virksomhetens ønsker og behov.

Avbrudd vil være perioden mellom to oppdrag. Dette kan være vikaroppdrag eller andre oppdrag hvor virksomheten har midlertidig behov. Selv om grunnlaget for innleien er ulike i de forskjellige oppdragene, vil alt inngå ved beregningen etter fireårsregelen.¹⁴⁸

Slike driftsforhold kan være begrunnet i svingninger i virksomhetens behov for mer arbeidskraft. Det er nettopp ved et midlertidig økt behov for arbeidskraft innleie er

¹⁴⁵ Rt. 2009-975 avsnitt 71

¹⁴⁶ Rt. 2009-975

¹⁴⁷ Ot.prp.nr.54 (2008-2009) s.43

¹⁴⁸ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s.333

lovlig.¹⁴⁹ Når virksomheten ikke har behov for arbeidstakeren for en periode gir dette naturlig en indikasjon på at behovet ikke er fast. I slike tilfeller vil virksomheten ha et faktisk midlertidig behov, og kunne derfor ikke ha ansatt en arbeidstaker på fast basis som erstatter for den innleide. Har den innleide vært på oppdrag hos virksomheten i en periode, for så å ha et opphold begrunnet i at virksomheten ikke har et behov, vil oppholdet hvis det er av en viss varighet (se nedenfor), tilsi at sammenhengen anses som brutt.¹⁵⁰

Det kan være at arbeidsgivere skaper avbrudd i innleieforholdet, nettopp i den hensikt å forhindre sammenheng i ansettelsesforholdet. Slike forsøk på omgåelse av loven vil ikke gi noen indikasjon på at forholdet ikke er midlertidig og medfører derfor at kravet til sammenheng ikke anses brutt. Dette skaper vanskelige bevissspørsmål. Det er innleier som har bevisbyrden for at innleien er lovlig.¹⁵¹

Spørsmålet er så hvor langt opphold det må være mellom to perioder for at det anses som et avbrudd. Det er i forarbeidene sagt at en periode på 14 dager vil innebære at kravet til sammenheng ikke anses som oppfylt.¹⁵² Dette må dermed anses som et utgangspunkt ved vurderingen. Det er likevel ingen automatikk i at avbrudd som er lenger enn dette fører til at innleieforholdet anses avbrudd. Det heter i Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s.219 at kortvarige avbrudd ikke nødvendigvis medfører at tjenesten anses avbrutt; dette avhenger av begrunnelsen for avbruddet og en totalvurdering av ansettelsesforholdet. Det heter i Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s.219 at kortvarige avbrudd ikke nødvendigvis medfører at tjenesten anses avbrutt; dette avhenger av begrunnelsen for avbruddet og en totalvurdering av ansettelsesforholdet.

Deltidsforhold vil innebære lavere stillingsbrøker. Dette innebærer at det gjerne er normalt med noen dagers opphold mellom arbeidsdagene, og 14 dagers opphold trenger derfor ikke innebære et like stort avbrudd her i forhold til den normale arbeidstid. Forholdet må derfor

¹⁴⁹ Aml. § 14-9

¹⁵⁰ Ot.prp.nr.54 (2008-2009)

¹⁵¹ Ot.prp.nr.50 (1993-1994) s.165

¹⁵² Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s.219

vurderes konkret ut ifra oppholdets lengde sett i forhold til det bestemte arbeidsforholdet. Det at den innleide bare er benyttet til deltidsarbeid, vil ikke i seg selv innebære noen begrensninger på retten til fast ansettelse. Dette momentet vil spille inn ved vurderingen av hvilken stilling den innleide har rett til.¹⁵³

2.3.3.3. Avbrudd som ikke er virksomhetsrelaterte

Det vil også kunne være avbrudd i innleieforholdet som er begrunnet i arbeidstakerens forhold. Dette kan være sykdom eller permisjon for f.eks. svangerskap, militærtjeneste eller utdanning. Disse avbruddene vil dermed ikke være et resultat av at virksomheten ikke har behov for arbeidskraften, og derfor vil de heller ikke være en indikasjon på at behovet er midlertidig fra virksomhetens side.¹⁵⁴

I et innleieforhold har det ofte ikke noe å si for kontrakten mellom innleier og utleier om arbeidstakeren blir fraværende. Slike situasjoner vil naturlig kunne løses ved at arbeidstakeren erstattes av en av utleiers andre arbeidstakere, slik at kontraktsforholdet består.

For midlertidig ansettelse er det klart at slike avbrudd ikke fører til at sammenhengen opphører. Personen er her fortsatt "ansatt". For innleieforhold vil ikke ordlyden "sammenhengende midlertidig ansatt" i paragrafen gi samme føring på hva slikt opphold skal innebære. Arbeidstaker vil her uansett ikke være ansatt. Formålet med likhet mellom reglene, og forutsetningen i § 14-12(3) tilsier at bestemmelsen skal gjelde tilsvarende likt for innleieforhold. Når det er klart ved midlertidig ansettelse at slikt avbrudd ikke skal føre til at sammenhengen anses brutt, vil dette også være tilfellet for innleieforhold.

Det er så et spørsmål om hvordan avbruddet skal behandles. Dette er et spørsmål om perioden den ansatte har vært fraværende pga. sykdom eller permisjon skal trekkes ifra eller ikke ved beregningen av fireårsperioden.

¹⁵³ Kap. 2.2.1.

¹⁵⁴ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) kap.16.4.3.

Bestemmelsens ordlyd gir ikke noe klart svar. Formuleringen ”sammenhengende midlertidig ansatt” kan tyde på at det er hele arbeidsforholdet som skal regnes med,¹⁵⁵ da arbeidstakeren fortsatt vil være ansatt selv om han er fraværende med grunnlag i disse forholdene. Lovgiver har gitt en ny proposisjon som omhandler den nåværende loven (jeg kommer tilbake til denne nedenfor). I denne sier lovgiver at ordlyden i lovteksten tilsier at perioder med sykefravær skal regnes med:

*”Etter bestemmelsens ordlyd synes fravær ikke å skulle ha relevans i denne forbindelse.”*¹⁵⁶

Forarbeidene til bestemmelsen gir klare føringer om at slike pauser i arbeidet skal resultere i at oppholdet trekkes fra ved beregningen av fireårsperioden:

*”Fravær i form av sykdom, permisjoner, militærtjeneste mv. hvor ansettelsesforholdet består avbryter ikke ansettelsesforholdet, men skal normalt gå til fradrag ved beregning av ansettelsesforholdets lengde. Kortere sykdomsfravær og ferie vil imidlertid ikke gå til fradrag ved beregningen av ansettelsesforholdets lengde”.*¹⁵⁷

Denne forståelsen er også blitt lagt til grunn av Høyesterett i Sykehuset-Innlandet dommen. Her ble en sykemeldingsperiode på ett år trukket fra ved beregningen av fireårsperioden.¹⁵⁸ Det er også usikkert hvor langt et fravær må være før det trekkes fra. I dommen fant ikke førstvoterende ”...grunn til å gå nærmere inne på hvor den nedre grensen går for fravær som skal trekkes fra, utover å nevne at den grensen på 14 dager synes å være for knapp. I den foreliggende sak er sykefraværet på over ett år, og da må det klart gå til fradrag.”¹⁵⁹

¹⁵⁵ Rt. 2009-975 avsnitt 90

¹⁵⁶ Prop. L (2009-2010) kap.4.1.

¹⁵⁷ Ot.prp.nr.12 (2003-2004) s.21

¹⁵⁸ Rt. 2009-975 avsnitt 102

¹⁵⁹ Rt. 2009-975 avsnitt 102

Det vil også være spørsmål om hvilke forhold som eventuelt skal komme til fradrag. Det som er nevnt i kilder som sier forhold skal komme til fradrag er sykdom og forskjellige permisjoner. Det er usikkert om andre forhold skal komme til fradrag. For eksempel kan dette være fødsels og adopsjonspermisjon. Etter tjenestemannsloven vil alle forhold komme til fradrag, unntatt slike lønnede forhold som fødsels og adopsjonspermisjon.¹⁶⁰

Advokatfullmektig Christel Søreide har skrevet en artikkel som heter ”Midlertidig ansattes rett til fast stilling” publisert i Arbeidsrett nr.3 2009. Her kommer hun inn på et annet viktig hensyn. Hvis ikke sykefravær skal føre til fradrag vil et annet vurderingspunkt være at dette kan føre til at arbeidsgiver, som erstatning for den fraværende arbeidstaker, leier inn en ny arbeidstaker. Denne vil da kunne opptjene tid etter fireårsregelen. Dette kan resultere i at arbeidsgiver sitter igjen med to arbeidstakere som kan kreve fast ansettelse i virksomheten, til samme stilling.¹⁶¹

Som en følge av Sykehuset Innlandet dommen har lovgiver gitt en ny proposisjon som, hvis det ikke skjer nye endringer, fører til en endring i loven som klargjør spørsmålet om fradrag av sykefravær. Proposisjonen vil for den nåværende lovtekst være etterfølgende uttalelser om hvordan lovteksten må tolkes, og har derfor ikke like stor vekt som forarbeidene. Dette tillegget tilføyes § 14-9(5):¹⁶²

” Ved beregning av ansettelsestid etter andre punktum skal det ikke gjøres fradrag for arbeidstakers fravær.”

Når denne trår i kraft vil ikke situasjonen lenger være usikker. Det er etter proposisjonen også klart at heller ikke permisjoner skal føre til fradrag, dette gjelder både lovfestede permisjoner og andre permisjoner.¹⁶³

¹⁶⁰ Statens personalhåndbok pkt. 2.8.4

¹⁶¹ ”Midlertidig ansattes rett til fast stilling etter fireårsregelen” av Christel Søreide i Arbeidsrett nr.3 2009

¹⁶² Prop.104 L (2009-2010)

¹⁶³ Prop.104 L. (2009-2010) kap.4.3.1.

Det er i proposisjonen også understreket et viktig hensyn som taler for at fravær skal tas med ved beregning etter fireårsregelen:

*” Departementet mener at det skal tas utgangspunkt i det behov virksomheten har hatt for arbeidskraften og den formelle ansettelsesperioden, da det er denne perioden arbeidsgiver har vurdert at det er behov for arbeidstaker i virksomheten. Departementet vil fremheve lovgrunnen for fireårsregelen; at tidsforløpet indikerer et stabilt behov for arbeidskraft. Virksomhetens behov for arbeidskraft vedvarer også selv om den ansatte blir syk eller får rett til eller avtaler permisjon av ulike grunner, og må eventuelt fylles med vikar for den som er fraværende. ”*¹⁶⁴

Hvis sykefravær skal trekkes fra, ville dette også føre til vanskelige avgrensingsproblemer. Hensynet til at lovteksten skal være lett tilgjengelig for brukere tilsier også at fravær skal tas med ved beregning etter fireårsregelen.¹⁶⁵

Rettskildesituasjonen er altså usikker da det er kilder som trekker i begge retninger. Da situasjonen er usikker vil det at lovgiver nå har gitt uttrykk for hvordan loven skal tolkes kunne være kilden som avgjør spørsmålet. Jeg mener derfor at resultatet må bli at sykefravær skal tas med ved beregningen etter fireårsregelen.

¹⁶⁴ Kap.4.3.1.

¹⁶⁵ Prop. 104 L(2009-2010) kap.4.3.1.

3. Innleid arbeidstakers rett til et godt arbeidsmiljø i innleiebedriften

Arbeidet er en viktig del av menneskers liv, og et godt arbeidsmiljø er derfor viktig for livskvaliteten. Å sikre miljøet på arbeidsplassen er dermed et av arbeidsmiljølovens sentrale formål. Dette vises blant annet i denne uttalelsen fra kommunalkomiteen:

”Arbeidsmiljølovens ideelle siktemål er å sikre et arbeidsmiljø som gir arbeidstakerne full trygghet mot fysiske og psykiske skadevirkninger, samt å sikre trygge tilsettingsforhold og en meningsfylt arbeidssituasjon for den enkelte.”¹⁶⁶

Arbeidstilsynets erfaringer har vist at midlertidig ansatte gjennomgående blir dårligere ivaretatt når det gjelder helse, miljø og sikkerhet sammenliknet med fast ansatte.¹⁶⁷ Det er derfor viktig at arbeidsgiver er klar over at hans plikter også gjelder overfor disse arbeidstakerne.

Det er klart at det ikke er lov å forskjellsbehandle eller diskriminere innleid arbeidstaker i forhold til fast ansatte. Det er bestemt i aml. § 13-2 at bestemmelsene i arbeidsmiljølovens kapittel om diskriminering skal gjelde tilsvarende for innleide arbeidstakere. Dette innebærer at innleid arbeidstaker vil være omfattet av vernet mot diskriminering på samme måte som andre arbeidstakere i virksomheten. Aml. § 13-1(1) som gir et generelt forbud mot diskriminering vil dermed føre til at heller ikke innleid arbeidstakere kan diskrimineres.

Det er kommet et nytt EU-direktiv som sikrer innleid arbeidstaker minst like gode arbeidsvilkår som fast ansatte.¹⁶⁸ Norge er på vei til å lage et helhetlig diskrimineringsvern i ny lov som blant annet skal sikre at disse internasjonale forpliktelsene blir ivaretatt.¹⁶⁹

¹⁶⁶ Innst.O.nr.2 (1994-1995) s.12

¹⁶⁷ Ot.prp.nr.24 (2005-2006) s.4

¹⁶⁸ R.dir 2008/104/EF

¹⁶⁹ NOU 2009:14 kap.4.6.8

Regulering av arbeidsmiljøet krever avveining av flere interesser. Blant annet er arbeidstakers behov for sikkerhet, velferd og helse viktige hensyn. I tillegg vil arbeidslivet og samfunnet også ha interesse i å forebygge helseskade hos arbeidstakere, blant annet for å begrense sykefravær og redusere tidlig avgang fra arbeidslivet. Hensynet til arbeidsplassens verdiskapning, det at produksjon blir mest mulig optimal og utføres mest mulig effektivt, kan være et motstående hensyn.¹⁷⁰

3.2 Arbeidsmiljøet

Aml. har et generelt krav om et fullt forsvarlig arbeidsmiljø i § 4-1. Dette er en samlebestemmelse for tilfeller som ikke er særskilt regulert i andre bestemmelser. Det grunnleggende hensynet bak dette kravet er særlig forebyggende, da et dårlig arbeidsmiljø fører til sykdom både i form av fysiske skader som belastningsskader og psykiske lidelser som utbrenthet. Det er derfor viktig, både samfunnsmessig og for arbeidsgiver og arbeidstaker, å sikre et godt arbeidsmiljø. Dette øker også selvfølgelig trivselen på arbeidsplassen.

Uttrykket ”fullt forsvarlig” gir et dynamisk preg.¹⁷¹ Dette er viktig i arbeidslivet, ettersom arbeidssituasjonen stadig forandrer seg blant annet som følge av tekniske nyutviklinger, endring i kunnskap mm. Med et dynamisk begrep vil rettssituasjonen til enhver tid kunne følge den reelle situasjonen på arbeidsplasser og folks rettsfølelse.¹⁷²

Innleide arbeidstakerne føler gjerne at stillingen er usikker. Det kan derfor være at disse har en høyere terskel for å klage på arbeidsforhold, ettersom de har høyere frykt for å miste jobben. Ettersom arbeidsforholdet i slike tilfeller ofte er av en mer kortvarig karakter, kan dette føre til at arbeidstakeren derfor ikke klager, ettersom han uansett ikke skal være i stillingen lenge. Dette kan føre til at innleide arbeidstakere er mer utsatt i forhold til arbeidsmiljøet enn andre.

¹⁷⁰ NOU 2004:5 s.169

¹⁷¹ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s.97

¹⁷² Jakhell og Aune: Arbeidsrett.no s.132

Ofte vil også forholdet til andre kollegaer være svakere for innleid arbeidstaker. Man har ikke samme tilknytning som vanlige kollegaer, og dette kan både føre til utestenging, og at de andre ikke ser grunn til å støtte opp under vikaren på samme måte som andre ansatte hvis han klager. Ved innleieforhold får man gjerne ikke det samme kollegiale samholdet.¹⁷³

Å sikre et godt arbeidsmiljø vil være viktig av flere grunner. Arbeidsplassen er et sted arbeidstaker tilbringer store deler av tiden sin, det er derfor viktig for generell trivsel at denne tiden er god. Selv om sykefravær kommer av ulike faktorer er det kart at arbeidsmiljøet er en faktor.¹⁷⁴ Sykefravær fører til kostnader både for arbeidsgiver og samfunnet. Det er derfor et viktig samfunnsmessig mål å sikre et godt arbeidsmiljø.

Arbeidsmiljøet vil utgjøre en sammensetting av ulike faktorer i virksomheten, og hvor godt det er vil avhenge både av fysiske, psykiske og organisatoriske faktorer. Disse faktorene må sees i sammenheng, da alle faktorene utgjør virksomhetens arbeidsforhold for de ansatte.¹⁷⁵ Det er ikke noe skarpt skille mellom faktorene og det vil også være vekselvirkning mellom konsekvensene av arbeidsmiljøfaktorene. For å vurdere bedriftens samlede arbeidsmiljø må derfor alle forhold tas med i betraktning.¹⁷⁶

Virkningene av det psykososiale, organisatoriske og fysiske arbeidsmiljø kan være sammenblandet, og det er vanskelig å se hvilket forhold konsekvensen faktisk kommer av. Man ser klart at dårlig fysisk arbeidsmiljø kan føre til psykologiske vanskeligheter, men tankegangen går også motsatt vei f.eks. kan dårlig organisering gi seg utslag i akutte hendelser som arbeidsulykker.¹⁷⁷

¹⁷³ NOU 1998:15 kap. 6.2.4

¹⁷⁴ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) kap.3.4.3.

¹⁷⁵ Jakhelln, Oversikt over arbeidsretten s.640

¹⁷⁶ Ot.prp.nro3 (1975-1976) s.28-30

¹⁷⁷ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s.54

3.3 Hvem er ansvarlig for innleid arbeidstakers arbeidsmiljø?

Både utleier og innleier har ansvar for den innleide arbeidstaker. Primæransvaret vil ligge hos utleier ettersom det er her det faktisk er opprettet et arbeidsforhold.¹⁷⁸ Etter § 2-2 (1) har innleier et ansvar for å sikre vikaren et fullt forsvarlig arbeidsmiljø. Bestemmelsen gir innleier en plikt til:

” (Å) sørge for at egen virksomhet er innrettet og egne arbeidstakers arbeid er ordnet og blir utført på en slik måte at også andre enn egne arbeidstakere er sikret et fullt forsvarlig arbeidsmiljø.”¹⁷⁹

Henvisningen til egne arbeidstakere sikrer særlig det psykososiale arbeidsmiljøet, ettersom dette innebærer at mobbing og trakassering fra andre arbeidstakere også blir en del av forpliktelsen. Innleiers plikt gjelder selvfølgelig bare for perioden arbeidstaker er i arbeid i hans virksomhet. Det er vesentlig i innleieforhold at innleier har ansvar, da det er hos han arbeidstaker jobber. Innleier har dermed den faktiske muligheten til å utforme arbeidsmiljøet. Utleier har mulighet til å opprettholde sin plikt i form av kontroll med innleievirksomhetene før arbeidstaker leies ut.

På grunn av trepartsforholdet er det vanskelig for utleier å kreve noe av innleier. Utleier vil være interessert i å gjøre innleier, som er kunden, tilfreds. I et kundeforhold som dette vil krav fra utleieren til innleier være lite virksomt. Innleier kan isteden velge et annet utleiefirma som ikke gir samme krav. Krav om arbeidsmiljø og lignende vil fort kunne føre til at utleier ikke får oppdrag. For at loven faktisk skal overholdes er det derfor vesentlig at innleier har en selvstendig plikt til å sikre at arbeidsmiljøbestemmelsene blir overholdt.

Innleiers og utleiers plikt gjelder uavhengig av hverandre.¹⁸⁰

¹⁷⁸ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s.303

¹⁷⁹ Aml. § 2-2 a

¹⁸⁰ NOU 2004:5 kap 10.6.4.

Arbeidsmiljøbestemmelsene er de samme som ved vanlige arbeidsforhold med de tilpasninger som må gjøres for å passe inn for et utleieforhold.¹⁸¹ Hovedforskjellen vil altså være at den som har muligheten til å påvirke arbeidsmiljøet ikke vil være personen man har arbeidskontrakten med, med disse vanskeligheter dette innebærer. Jeg vil behandle innleiers ansvar for innleid arbeidstakers arbeidsmiljø.

3.4 Innleid arbeidstakers rett til et godt psykososialt arbeidsmiljø

Bestemmelsen om krav til det psykososiale arbeidsmiljøet står i § 4-3. Dette er en videreføring av aml. 1977s bestemmelse i § 12.¹⁸²

Ved et innleieforhold vil den innleide arbeidstaker være underlagt innleiers direkte styring og instruksjon, som andre arbeidstakere hos innleier.¹⁸³ Han blir en integrert del av virksomheten. Innleier har ikke bare ansvar for egen virksomhet og hvordan egne ansatte kan representere en arbeidsmiljørisiko, men også hvordan den innleide arbeidstaker utfører sitt arbeid og arbeidsmiljø forhold rundt hans forhold i utleierbedriften.¹⁸⁴ Innleid arbeidstaker vil derfor som hovedregel ha samme rettigheter i forhold til innleier når det gjelder arbeidsmiljø som hans andre arbeidstakere.

Innleid arbeidstaker er ansatt på midlertidig basis og har usikkerhet rundt varigheten av arbeidet. Etter flere undersøkelser er det bevist at psykisk uro rundt omorganisering- og oppsigelsessituasjoner, kan føre til økt langtids sykefravær¹⁸⁵ og har negativ innvirkning av velvære på jobb.¹⁸⁶ Slik uro vil utleid arbeidstakere oftere ha enn andre. Arbeidstakere som er innleid som vikar, f.eks. for en ansatt som er i fødselspermisjon, vil ha mer sikkerhet rundt situasjonen. Da er gjerne varigheten av forholdet klarlagt. For andre innleide vil

¹⁸¹ Jakhelln og Aune: Arbeidsrett.no s.726

¹⁸² Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s.307

¹⁸³ Jakhelln og Aune: Arbeidsrett.no s.723

¹⁸⁴ NOU 2004:5 kap 10.7.3.

¹⁸⁵ Ot.pr.nr.49 (2004-2005) s.55

¹⁸⁶ STAMI rapport om psykososialt arb.miljø 2006 s.24

varigheten av oppdraget være mer eller mindre klarlagt, og med grunnlag av dette vil også usikkerheten måtte bedømmes.

Reguleringen av psykososiale forhold er ikke like gjennomregulert som de fysiske.¹⁸⁷ Dette skyldes at disse forholdene gjelder mellommenneskelige relasjoner, disse forhold vil være vanskeligere å regulere da de avhenger av den enkeltes personlighet. For eksempel vil enkelte arbeidstakere se kommentarer som en spøk, andre vil ta seg nær av den og føle seg mobbet.¹⁸⁸ Disse forholdene vil være svært individuelle.

Det er mange faktorer som vil spille inn på arbeidsplassens psykososiale arbeidsmiljø, da det vesentlige her vil være arbeidsplassens sosiale forhold, som forholdet til kunder, brukere og andre arbeidstakere. Det vil være viktig det i arbeidssituasjonen oppleves eventuelt samhold eller isolasjon, og hvordan eventuelle konflikter og mobbing håndteres.¹⁸⁹

Utviklingstrekk i arbeidslivet går i retning av økt intensitet, kompleksitet og omstilling, et økende fokus på kunder, større tidspress og store omstillinger. Negativt stress er også et økende psykososialt problem i norsk arbeidsliv, og disse faktorene kan føre til utbrenthet.¹⁹⁰ Negativt stress vil særlig kunne være et resultat av organiseringen av arbeidslivet.

Det er veldig viktig å sikre et godt psykososialt arbeidsmiljø, og arbeidsmiljøloven av 2005 har lagt opp til et sterkere fokus på dette enn den tidligere loven.¹⁹¹ Loven har en egen bestemmelse som skal sikre det psykososiale arbeidsmiljøet, § 4-3. I tillegg er det flere andre bestemmelser, som også skal sikre et bedre psykososialt arbeidsmiljø samtidig som

¹⁸⁷ Det finnes en rekke forskifter som omhandler ulike krav til det fysiske arbeidsmiljøet. Kommentartutgaven til aml. Arbeidsrett.no viser til 46 slike.

¹⁸⁸ Jakhelln og Aune, Arbeidsrett.no s. 160

¹⁸⁹ NOU 2004:5 s.170

¹⁹⁰ NOU 2004:5 s.170

¹⁹¹ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s.63

de sikrer det fysiske. Jeg starter med å behandle de ulike kravene til psykososialt arbeidsmiljø i § 4-3, for så å også gå igjennom noen andre bestemmelser av betydning.

3.4.1 Integritet og verdighet

Bestemmelsen i § 4-3 (1) lyder: *”Arbeidet skal legges til rette slik at arbeidstakers integritet og verdighet ivaretas.”* Bestemmelsen ble innført for å hindre toppløs servering på serveringssteder, og også annen kjønnsdiskriminerende påkledning¹⁹².

Bestemmelsen er utvidet med også begrepet ”integritet” i forbindelse med innføring av aml. av 2005. Bakgrunnen for å innføre dette begrepet var at departementet ville synliggjøre at bestemmelsen hadde en større og mer generell rekkevidde enn forhistorien tyder på. Bestemmelsen innebærer et generelt krav om respekt for ansattes egenverd.¹⁹³ Arbeidstakeren kan ikke utsettes for handlinger eller situasjoner i arbeidet som truer dette egenverdet. Dette er en grunnleggende bestemmelse, og den vil få samme virkning for innleid arbeidstaker som fast ansatte.

3.4.2 Kontakt og kommunikasjon

Bestemmelsen om at kontakt og kommunikasjon skal fremmes, ble innført i aml. ved lovendring i 2005 for å forebygge isolasjon i arbeidet.¹⁹⁴ Det er klart at det å foretrekke å arbeide sammen med andre, da alenearbeid kan være belastende over tid. Lovgiver fremmer derfor at arbeidstakere så langt som det er mulig skal ha kontakt med andre. Det har også vist seg at gode sosiale relasjoner med kollegaer og ledere vil kunne være sentralt i forebygging av stressrelaterte plager og sykdommer.¹⁹⁵ Det er likevel ikke slik at bestemmelsen fører til at arbeidsgiver må ha flere mennesker i arbeid enn han har nytte av kun for å opprette kontakt med andre arbeidstakere.¹⁹⁶

¹⁹² Innst.O.nr.2 (1994-1995) s.18

¹⁹³ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s.101

¹⁹⁴ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s.307

¹⁹⁵ NOU 2004:5 s.171

¹⁹⁶ Ot.prp.nr.49 (2004-2005)

Sosial kontakt og støtte i arbeidssituasjonen er av grunnleggende betydning for hvordan vi fungerer i hverdagen, og de samme hensynene vil gjøre seg gjeldene for innleid arbeidstaker som andre. Det er i relasjonene mellom arbeidstakerne det psykososiale arbeidsmiljøet særlig bygges. Gode sosiale relasjoner har vist seg å være sentralt i forebygging av stressrelaterte plager og sykdommer.¹⁹⁷ Alenearbeid kan også i noen yrker innebære en økt risiko for ulykker og større utsatthet for vold og trusler om vold.¹⁹⁸

Jeg kan ikke se hensyn som tilsier at kravene til kontakt og kommunikasjon vil bedømmes forskjellig for innleid arbeidstaker enn andre ansatte.

3.4.3 Trakassering eller annen utilbørlig opptreden

Innleide arbeidstakere vil ofte ikke ha samme tilhørighet til arbeidsplassen som fast ansatte. Disse vil derfor også kunne falle utenfor det sosiale miljøet på arbeidsplassen, og dermed ikke ha den samme tilhørigheten til de andre ansatte. Dette kan være forhold som gjør innleid arbeidstaker mer utsatt for trakassering. Hva som ligger i uttrykket trakassering behandles i kapittel 3.4.3.1.

Det er arbeidsgivers ansvar å sikre at arbeidstakere ikke utsettes for trakassering eller annen utilbørlig opptreden. Dette vil gjelde både i tilfeller der trakasseringen skjer arbeidstakerne mellom og mellom arbeidsgiver og arbeidstakeren, samt ved trakassering fra andre på arbeidsplassen.¹⁹⁹ Dette vil gjelde så vel innleid arbeidstaker som andre faste ansatte, ingen skal utsettes for trakassering i arbeidssituasjonen, og arbeidsgivers apparat mot dette skal også brukes til å beskytte innleide arbeidstakere.

Det ble ved innføring av ny arbeidsmiljølov etterspurt en legaldefinisjon av uttrykket trakassering. Departementet anså det ikke hensiktsmessig å innføre noen slik definisjon, da bestemmelsen uansett vil ha en usikker rekkevidde ettersom den også forbyr annen

¹⁹⁷ NOU 2004:5 kap. 5.6.5.

¹⁹⁸ se kap.3.4.4

¹⁹⁹ Ot.prp.nr.50 (1993-1994) s.66 og 230

utilbørlig opptreden²⁰⁰. Regelen er preget av et skjønnsmessig uttrykk. Dette vil ha samme fordel som uttrykket ”forsvarlig arbeidsmiljø” i form av at meningen av det vil kunne variere i forhold til ulike miljøer og tider, det må derfor vurderes i forhold til situasjonen en til enhver tid står overfor.

3.4.3.1 Hva ligger i begrepet trakassering

Trakassering kan forekomme på en rekke forskjellige måter og i forskjellige grader. Den resulterer ofte i at den som trakasseres vil bli utestengt fra de vanlige former for omgangsform på arbeidsplassen eller behandlet annerledes enn andre. Også de vanlige sosiale normer rundt eventuelt samarbeid på arbeidsplassen blir heller ikke fulgt.²⁰¹ I slike tilfeller vil samværet med andre arbeidstakere fort oppleves som en stor psykisk belastning for den som utsettes for trakasseringen. Arbeidstakeren vil også kunne føle seg isolert og utestengt fra fellesskapet. Resultatet er at arbeidstakeren ikke kan følge de vanlige former for omgangsform og samarbeid i virksomheten.

Det er ofte vanskelig å trekke skillet mellom hva som er akseptabel fleiping og hva som er trakassering i lovens forstand. I NOU 2003:2 blir trakassering definert som ” uønsket atferd som finner sted med den hensikt eller virkning å krenke en annens verdighet”. Begrepet uønsket understreker at den subjektive opplevelsen av situasjonen vil kunne være utslagsgivende.²⁰² Både den underliggende hensikt med handlingen og den utsattes subjektive oppfatning vil måtte vurderes.

Ved trakassering av arbeidstaker vil det kunne være en arbeidstaker som trakasseres som står imot en sterkere part. Enten i form av at denne er psykisk sterkere, eller består av flere andre. Dette er kommet til uttrykk i en definisjon på trakassering som er mye brukt, også av arbeidstilsynet:

²⁰⁰ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 100

²⁰¹ Jakhelln, Oversikt over arbeidsretten s. 644

²⁰² NOU 2004: s.179

*”Videre bør det være en ubalanse i styrkeforholde; den som blir trakassert, må ha vanskelig for å forsvare seg. Vi snakker ikke om trakassering dersom to omtrent like ”sterke” personer kommer i konflikt, eller når det dreiser seg om en enkeltstående konfliktepisode”.*²⁰³

Trakassering vil gjerne pågå over tid, og vil gjerne også kunne eskalere seg. Det kan begynne i små uenighet som utvikler seg til dyptgripende personkonflikter mellom personene.²⁰⁴ Det vil bli vanskeligere å løse forholdet jo lenger tid som går. Det er derfor viktig å ta opp vanskeligheter så tidlig som mulig. Dette innebærer både en større sjanse for å løse konflikten og det gjør også at arbeidstakere ikke føler seg trakassert over lang tid. For å oppdage slike forhold er det derfor viktig at arbeidsplassen har et åpent miljø som sikrer dialog om samarbeidsforhold på arbeidsplassen.

Det finnes som nevnt ingen legaldefinisjon av uttrykket trakassering i arbeidsmiljøloven, og heller ikke forarbeidene til loven gir noen henvisning til forståelse av paragrafen. I diskrimineringsloven defineres trakassering som

*”handling, unnlatelser eller ytringer som virker eller har til formål å virke krenkende, skremmende, fiendtlige, nedverdiggende eller ydmykende”*²⁰⁵.

Dette er en generell beskrivelse av trakassering, og gir et innblikk i hva uttrykket vil innebære også etter arbeidsmiljøloven.

Trakassering vil oppleves som et overgrep mot den trakassertes integritet gjennom sjikanøs væremåte, og har til formål eller virking å krenke en persons verdighet og skape et truende, fiendtlig, nedverdiggende, ydmykende eller ubehagelig miljø.²⁰⁶ Væremåten vil skje nettopp i den hensikt å trakassere.

²⁰³ Jakhelln og Aune, Arbeidsrett.no s.160

²⁰⁴ Jakhelln, Oversikt over arbeidsretten s. 644

²⁰⁵ Diskrl. § 5(1)

²⁰⁶ Europaparlaments- og rådssdir 2002/73/EF innledende betraktning nr.12 og artikkel 2

3.4.3.2 Seksuell trakassering

Forbudet mot trakassering innebærer også at arbeidsgiver har ansvar for å forhindre seksuell trakassering på arbeidsplassen²⁰⁷. Uønsket seksuell oppmerksomhet vil innebære psykiske belastninger for arbeidstaker, og det er derfor på samme måte som annen trakassering forbudt. Bestemmelsen ble innført med bakgrunn i en ikke juridisk bindende EU rekommandasjon²⁰⁸. Seksuell trakassering ville uansett vært forbudt etter likestillingsloven²⁰⁹

Slik seksuell trakassering vil arbeidsgiver måtte behandle på samme måte som annen trakassering og mobbing som ellers finnes på arbeidsplassen²¹⁰. Dette vil måtte behandles både på forebyggingsstadiet og hvis konflikt oppstår. Seksuell trakassering kan være saklig grunn for oppsigelse²¹¹ eller avskjedsgrunn²¹², dersom forholdet er tilstrekkelig graverende. Også straff kan komme til anvendelse ved alvorlige former for seksuell trakassering²¹³.

Seksuell trakassering inndeles i verbal, ikke-verbal og fysisk trakassering.

*”Verbal trakassering er for eksempel nærgående kommentarer om kropp, klær eller privatliv, ”spøk” med seksuelle undertoner, og forslag eller krav om seksuelle tjenester eller seksuelle forhold. Ikke-verbal seksuell trakassering kan for eksempel være nærgående blikk, blotting, visning av bilder eller gjenstander med seksuelle undertoner. Fysisk trakassering er for eksempel uønsket berøring, ”plukking”, voldtektsforsøk eller voldtekt”.*²¹⁴

Det er klart at all form for uønsket seksuell oppmerksomhet er forbudt.

²⁰⁷ Ot.prp.nr.50 (1993-1994) s.65

²⁰⁸ Rekommandasjon 92/131/EEC

²⁰⁹ Likestillingsloven § 8a(1)

²¹⁰ Ot.prp.nr.50 (1993-1994) s.66

²¹¹ Aml. § 60

²¹² Aml. § 66

²¹³ Aml. Kap.19

²¹⁴ Ot.prp.nr.77 (2000-2001) s.63

3.4.4 Kontakt med utenforstående

Det er mange arbeidsplasser hvor kunder og klienter i stor grad er med på å styre arbeidet. Loven har presisert spesielle krav for arbeid med slik kontakt med utestående, ettersom dette medfører spesiell risiko i arbeidet, blant annet risiko for trakassering, vold og trusler om vold.²¹⁵ Dette er generelle krav som skal holdes i enhver virksomhet med slike risikoforhold, og vil innebære de samme rettigheter for innleid arbeidstaker som fast ansatte.

I hvilken grad sikkerhetstiltak må iverksettes må vurderes i forhold til den risiko som foreligger ved kontakt med andre i den aktuelle virksomheten. Selv om ordlyden er at sikkerhetstiltak som "er mulig" skal iverksettes, innebærer ikke dette at det må iverksettes et høyere sikkerhetsnivå enn det som følger av risikobetraktningen²¹⁶. Eksempler på sikkerhetstiltak som kan iverksettes er opplæring, organisatoriske tiltak eller bruk av sikkerhetsutstyr.

3.4.5 Organisatorisk arbeidsmiljø

Det organisatoriske arbeidsmiljø innebærer hvordan de formelle forholdene er organisert i virksomheten, som f.eks. ansvarsforhold, størrelse på enheter og grupper, team, arbeidstid, skiftordninger og formelle veier for kommunikasjon²¹⁷. Disse forholdene vil ha betydning for det psykososiale arbeidsmiljø ved at det legger rammene for arbeidsplassen.

Arbeidet må organiseres på en måte slik at ingen arbeidstakere utsettes for uheldige psykiske belastninger.²¹⁸ Dette innebærer at arbeidet skal tilrettelegges med hensyn til de enkelte arbeidstakers særlige forhold som alder, kyndighet, arbeidsevne og øvrige forutsetninger. Ved tilrettelegging og utforming av arbeid må altså den enkelte arbeidstakers individuelle fysiske og psykiske forutsetninger tas med i betraktning.²¹⁹

²¹⁵ NOU 2004:5 s.170

²¹⁶ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s.100

²¹⁷ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 53

²¹⁸ Aml. § 4-1(2)

²¹⁹ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 96

Dette innebærer et krav om at arbeidstakerne ikke utsettes for psykiske forhold som subjektivt oppleves som en belastning. Den subjektive opplevelsen kan likevel ikke i seg selv utløse en tilretteleggingsplikt²²⁰ om det er snakk om en fullt forsvarlig og påregnelig belastning i den konkrete arbeidssituasjonen²²¹.

3.4.5.1 Omorganisering og omstillingsprosesser

Omorganiseringer medfører endringer i arbeidssituasjonen og på arbeidsplassen. Dette vil innebære en følelse av utrygghet for arbeidstakere, da arbeidssituasjonen endrer seg og arbeidstaker må tilordne seg nye arbeidsmetoder som kan være vanskelige eller krevende å lære. Slike prosesser kan derfor være psykisk belastende for arbeidstakeren.

Arbeidstakeren vil ofte bli sterkt påvirket av omstillingsprosesser. Derfor har arbeidsgiver plikt til å sørge for at arbeidstaker får informasjon om endringene og mulighet til medvirkning rundt den nye situasjonen. Også kompetanseutvikling av arbeidstakerne skal arbeidsgiver sørge for,²²² dette er for å sikre at omstillingsprosessen ikke føles som en unødvendig belastning.

Ved omstillingsprosesser vil også innleid arbeidstaker, som har vært på arbeidsplassen over noe tid, ha samme usikkerheten rundt egen beherskelse av omstilling som andre arbeidstakere. Arbeidstaker må derfor følge opp innleid arbeidstaker på samme måte som fast ansatte.

Ved omorganiseringsprosesser er det også viktig at arbeidstakere høres før omstillingen skjer. Arbeidsgiver har en plikt til å involvere arbeidstakere i ulike prosesser, både når det gjelder omstillingssituasjoner og arbeidstakers arbeidssituasjon generelt²²³. Gjennom å ha

²²⁰ Rt. 2004 s.1844 avsnitt 43 flg.

²²¹ Jakhelln, oversikt over arbeidsretten s. 642

²²² Aml. § 4-2(3)

²²³ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s.97

mulighet til å påvirke arbeidssituasjonen vil arbeidstaker ha mulighet til å uttale seg og informere ledelsen om hva de faktisk mener er positivt og negativt med omstillingen.

Omstillinger vil kunne være ulike i form og begrunnelse. Det må derfor vurderes konkret hvordan de skal gjennomføres for å være positive for arbeidstaker og ikke bli en belastning. Omstillinger stiller ofte økte krav til effektivitet, realkompetanse, innflytelse og ansvar. Dette kan føre til en fleksibel og mer utfordrende arbeidssituasjon, men kan også gjøre det vanskelig for enkelte å være i arbeid pga. økt arbeidspress, manglende kompetanse og usikkerhet rundt de nye arbeidsoppgavene²²⁴. Det er derfor viktig at omstillinger er nøye planlagt, slik at negative konsekvenser blir sett og løst, før de gjennomføres. Det er derfor viktig at arbeidstaker høres før omstilling foretas, slik at de som faktisk berøres blir hørt.

3.4.5.2 Innleid arbeidstaker gis mulighet for faglig og personlig utvikling

Det er for fast ansatte klart at arbeidstaker skal gis mulighet til å utvikle seg gjennom arbeidet, både faglig og personlig.²²⁵ Dette er fordi en slik utvikling gjerne vil innebære at arbeidstaker føler en større driv i arbeidet. Ettersom innleid arbeidstaker bare skal være hos innleier en kortere periode vil ofte heller ikke kompetanseutviklingen av den innleide arbeidstaker prioriteres.²²⁶

En innleid arbeidstaker vil gjerne i løpet av noen år veksle mellom flere forskjellige virksomheter. Slike innleide arbeidstakere har ikke samme tilknytning til arbeidet, de er i virksomheten for å utføre en konkret midlertidig oppgave. Ved at hensikten er at innleid arbeidstaker skal være i virksomheten for en kortere periode, vil heller ikke planlegging rundt utvikling av den enkelte arbeidstaker være like aktuelt. Slik utvikling av arbeidstaker innebærer langsiktig planlegging. Innleide arbeidstakere vil også gjerne ha en større variasjon av arbeidsoppgaver enn fast ansatte, nettopp ved å stadig skifte arbeidsplass og dermed også arbeidsoppgaver. På denne måten vil gjerne innleid arbeidstaker til en

²²⁴ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s.55

²²⁵ Aml. § 4-2(2)a

²²⁶ NOU 2004:5 pkt.15.3.7

stadighet lære noe nytt. Pga. de særlige og kortvarige forhold innleie innebærer, vil jeg påstå at slike arbeidstakere ikke har rett til mulighet for utvikling.

3.4.5.3 Innleid arbeidstakers mulighet til selvbestemmelse, innflytelse og faglig ansvar

Et av arbeidsmiljølovens siktemål er å øke arbeidstakerens innflytelse og medvirkning på sin egen arbeidsplass.²²⁷ Dette hensynet er forsøkt ivaretatt gjennom aml. § 4-2. I hvilken grad disse kravene må følges i forhold til innleid arbeidstaker vil være avhengig av forskjellige konkrete forhold som bedriftens art, hvor lenge arbeidstaker kommer til å jobbe der og personlige forhold hos arbeidstaker. Arbeidstakers nytte av innflytelse vil måtte vurderes opp imot innleiers ulemper i form av kostnader og andre ulemper slike endringer kan medføre for innleier. I et mer langvarig arbeidsforhold vil de samme hensynene som kommer inn for fast ansatte også være tilstedeværende for innleide arbeidstakere, og disse vil dermed også ha slike rettigheter.

Muligheten for selvbestemmelse og faglig ansvar vil være viktig for arbeidstakers trivsel på arbeidsplassen. Det er klart at en arbeidstaker som delvis kan styre sin egen arbeidssituasjon vil ha en større trivsel i arbeidssituasjonen.²²⁸ Det er her ikke nok at det er teoretisk frihet rundt situasjonen, men slik at det i praksis faktisk er så stort arbeidspress at arbeidstakeren uansett ikke vil ha noe valg ved utførsel av arbeidet. Det må være en faktisk selvbestemmelse hos arbeidsgiver. Slike krav må vurderes konkret i forhold til situasjonen på den enkelte arbeidsplass og den enkelte innleide arbeidstakers forhold til bedriften og varighet av innleien.

5.4.5.4. Arbeidspress

Det er blitt et økt krav om effektivitet og produktivitet i virksomheter. Krav om høyt arbeidstempo og opplevelsen av å ha for stor arbeidsmengde vil føre til stress for

²²⁷ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s.54

²²⁸ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) kap.3.4.5.

arbeidstakeren, og på sikt kunne føre til utbrenthet. Innleid arbeidstaker vil gjerne stå overfor det samme presset som andre ansatte. Presset kan i enkelte tilfeller også virke sterkere på innleid arbeidstaker. Dette kan være innleid arbeidstakere får samme effektivitetskrav og blir sammenliknet med ansatte som har vært i virksomheten lenger. Dette kan føre til høyere press på den innleide hvis det tar tid å lære seg å bli effektiv i utførelsen av arbeidet.

Nærmere halvparten av norske arbeidstakere oppgir at de ukentlig har så stor arbeidsmengde at den avtalte arbeidstiden ikke strekker til. Nesten like mange opplever at de daglig må arbeide i et høyt arbeidstempo.²²⁹ Dette vil skape en opplevelse av stress og kan også gi arbeidstakere en følelse av utilstrekkelighet.

Det konkrete forholdet på arbeidsplassen må vurderes opp mot kravet om et forsvarlig arbeidsmiljø, for å avgjøre om det er lovlig.

3.5 Virkemidler for å sikre det psykososiale arbeidsmiljøet for innleid arbeidstaker

Det er klart at det er innleier som må overholde de samme kravene til et godt psykososialt arbeidsmiljø overfor innleid arbeidstaker som andre ansatte. Det er viktig å sikre at reglene om det psykososiale arbeidsmiljøet faktisk overholdes, også for innleide arbeidstakere som bare er i virksomheten for en kortere periode. For at innleier faktisk skal overholde reglene er det for det første viktig at virksomheten gjøres oppmerksom på at de faktisk har denne forpliktelsen. Det er viktig at ansvaret synliggjøres overfor innleievirksomhetene.

Det vil også være problemer rundt arbeidsmiljøarbeide for innleide arbeidstakere. Dette er fordi det gjerne er arbeid som foregår over tid, og innleide arbeidstakere vil gjerne ikke være i virksomheten fast over tid. Dette er en utfordring i det å leie inn ansatte som innleier ikke nødvendigvis er klar over. Det er viktig at det tas hensyn til innleide arbeidstakere ved virksomheters arbeidsmiljøarbeid.

²²⁹ STAMI rapport om psykososialt arbeidsmiljø 2006

Som vi skal se nedenfor vil ofte ikke innleide arbeidstakere selv være en del av arbeidsmiljøarbeidet. Her står arbeidstakersiden mot arbeidsgiversiden, men det er ikke alltid arbeidstakersiden vil være representativ for innleid arbeidstakers interesser. Det er derfor viktig at de også tas hensyn til innleid arbeidstaker slik at også deres sak blir fremmet.

Jeg skal nå ta for meg ulike virkemidler i arbeidsmiljøloven som skal sikre et godt arbeidsmiljø.

3.5.1 Tilsyn av arbeidstilsynet

Arbeidstilsynet fører tilsyn med at virksomhetene overholder sitt ansvar etter arbeidsmiljøloven²³⁰. I dette ligger blant annet at arbeidstilsynet kan gi pålegg til bedriften for å kartlegge arbeidsmiljøet og bringe eventuell trakassering til opphør.

3.5.2 Arbeidsgivers plikt til å undersøke om ulovlige forhold pågår og arbeidstakeres plikt til å informere

Arbeidsgiver er forpliktet til å ha et fungerende internkontrollsystem som fanger opp trakassering og mobbing på arbeidsplassen.²³¹ Arbeidsgiver har her en plikt til å ha så god oversikt over virksomhetens arbeidsmiljø som mulig, blant annet ved forebyggende arbeid som å kartlegge farer, vurdere risikoforhold og fastsette mål. I tillegg skal han også ha en løpende kontroll av arbeidsmiljøet og ha rutiner for å avdekke og rette opp overtredelser.²³² Innleide arbeidstakere som er i virksomheten en kortere eller mer usammenhengende periode kan være lett å overse ved slike vurderinger. Det er derfor viktig at arbeidsgiver gjøres oppmerksom på problemet, slik at dette unngås.

²³⁰ Aml. § 77

²³¹ Aml. § 3-1

²³² Aml. § 3-1(2)

Det er særlig viktig at virksomheten foretar forebyggende arbeid og har et effektivt system, slik at problemer kan oppdages fort og løses før de eskalerer. Dette vil også føre til minst mulig skadevirkninger i denne forbindelse.

Arbeidet med sikring av arbeidsmiljøet skal gjøres i samarbeid med arbeidstakerne og deres tillitsvalgte.²³³ At arbeidstakeren tas med fører til at arbeidet blir mer tilpasset arbeidstakernes behov og ønsker. Ved innleievirksomheten vil ikke innleid arbeidstaker være representert blant tillitsvalgte.²³⁴ For å sikre at også disse arbeidstakernes arbeidsmiljø ivaretas må en aktivt tenke på å ta hensyn til deres interesser der disse vil være andre enn for ansatte.

Etter HMS-forskriften²³⁵ har arbeidsgiver plikt til å innføre og utøve internkontroll for å oppfylle HMS-kravene. Gjennom denne skal det sikres at arbeidstakere har kunnskaper om kravene og farer og problemer skal kartlegges. Det skal også iverksettes rutiner for å avdekke, rette opp og forebygge overtredelser. Når det gjelder trakassering er det som nevnt veldig viktig at slike forhold blir avklart så fort som mulig. Gjennom systematisk internkontroll kan det både forebygges, og eventuelt oppdages tidlig slik at en kan få bukt med problemet.

For å fange opp problemer innleide arbeidstakere har i virksomheten, vil det være viktig at disse arbeidstakerne høres. Ettersom disse arbeidstakerne kan være i et usikkert arbeidsforhold²³⁶ kan de kvie seg for å selv ta opp problemer rundt arbeidsmiljøet. For at eventuelle problemer skal avdekkes bør ledelsen aktivt føre samtaler også med disse arbeidstakerne eller i alle fall med representanter for disse.

For at arbeidstaker skal ha mulighet til å avdekke forhold er arbeidstakere, her også innleid arbeidstaker, forpliktet til å underrette verneombudet eller arbeidsgiver om trakassering og

²³³ § 3-1(1)

²³⁴ Se nedenfor

²³⁵ Forskrift om systematisk helse-, miljø- og sikkerhetsarbeid i virksomheter.

²³⁶ Se kap.3.4

mobbing.²³⁷ Denne plikten påhviler alle arbeidstakere, og vil også gi den som blir utsatt for mobbing en slik plikt. Har arbeidstakeren skjult forholdet vil dette føre til at arbeidsgiver ikke er erstatningsansvarlig overfor denne.²³⁸

Verneombud vil være arbeidstakernes representant og skal bl.a. sikre at arbeidsmiljøbestemmelsene overholdes av virksomheten.²³⁹ Innleiers verneombud skal føre tilsyn også med innleid arbeidstakers arbeidsmiljø.²⁴⁰ Verneombud skal velges blant de ansatte og er påbudt for virksomhet med 10 ansatte eller mer.²⁴¹ For virksomheter med flere enn 50 arbeidstakere er også arbeidsmiljøutvalg påkrevd.²⁴² Disse ordningene er begrunnet i at et av arbeidsmiljølovens mål er at arbeidstakere deltar i og har innflytelse på sitt eget arbeidsmiljø.²⁴³ Innleid arbeidstaker vil ikke være direkte representert i slike ordninger,²⁴⁴ men det er viktig at det likevel tas hensyn til disse ved utformingen av regler. En mulighet ville være å høre en representant for innleide arbeidstakere når spørsmål som faller annerledes for disse enn fast ansatte behandles.

²³⁷ Aml. § 2-3

²³⁸ Rt. 2004-1884

²³⁹ Aml. § 6-2

²⁴⁰ Jakhelln og Aune: Arbeidsrett.no s.728

²⁴¹ Aml. § 6-1(1)

²⁴² Aml. § 7-1

²⁴³ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s.70

²⁴⁴ Jakhelln og Aune: Arbeidsrett.no s.727

4 Avsluttende bemerkninger

Problemstillingen i oppgaven var for det første å avgjøre den innleide arbeidstakers rettigheter til fast ansettelse hos innleier ved ulovlig innleie. Dette har altså innleid arbeidstaker i noen tilfeller muligheter til å kreve. I tillegg har jeg også funnet ut at innleier har plikt til å gi innleid arbeidstaker et godt psykososialt arbeidsmiljø.

I praksis vil likevel ofte trekantforholdet føre til at mange saker blir forlikt.

Innleievirksomheten står i et kundeforhold til utleier. Utleier vil derfor gjøre mye for å hindre at innleid arbeidstaker, som er deres representant, skaper vanskeligheter for kunden deres. Hvis først problemer er oppstått vil utleier forsøke å løse opp i vanskelighetene, så dette skaper minst som mulig problemer for innleier.

Hvis en sak likevel kommer til avgjørelse er det også et spørsmål om fast ansettelse faktisk er det arbeidstakeren krever. Etter samtale med advokat med praksis fra området kom det frem at det er noen særtrekk som kjennetegner arbeidstakere som krever økonomisk kompetanse fremfor dom på fast ansettelse. Jo yngre arbeidstakeren er og jo/eller hvor høyere stilling det er snakk om, jo oftere kreves erstatning fremfor jobben tilbake. Eldre arbeidstakerne og når det er snakk lavere stillinger dreier saken seg oftere om et ønske om å beholde jobben. Innleide arbeidstakere vil ofte være yngre mennesker i lavere stillinger. I tillegg har forholdet gjerne vart over kortere tid. Advokaten jeg pratet med hadde aldri opplevd innleieproblematikk hvor det dreide seg om et krav om å beholde jobben. For disse sakene vil erstatning være mest aktuelt.

Å gå til sak innebærer en økonomisk risiko. Resultatet av forholdet vil være usikkert, og det vil være vanskelig å forutberegne utfallet av saken. Dette innebærer at økonomi blir en viktig del av saken for arbeidstakeren og dette fører til at kravet kan bli økonomisk kompetanse. Dette kan være annerledes dersom arbeidstakeren blir støttet av en fagforening, da dette innebærer lettere og billigere tilgang til advokathjelp. Det å gå til sak vil også fort føre til at det blir et dårlig forhold mellom ledelsen i innleiervirksomheten og

arbeidstakeren. Det vil kunne skape en psykisk belastning for arbeidstakeren om han skal jobbe for den virksomheten han har gått til sak mot.

Det er innleiers plikt til å sikre den innleide arbeidstakers psykososiale arbeidsmiljø som er avgjørende for at reglene skal overholdes. Det er hos innleier arbeidstakeren faktisk arbeider. Utleier står heller ikke i en posisjon hvor han krever ting av innleier, ettersom innleier er kunden i forholdet. Det er derfor viktig at innleier gjøres oppmerksom på at han også har plikter i forhold til innleide arbeidstakere.

Det at den innleide arbeidstakeren kan være i en utrygg posisjon i innleiefirmaet kan føre til at psykososiale problemer ikke blir avdekket. Innleid arbeidskraft er som regel ikke selv deltaker i internkontrollsystemet. Innleide arbeidstakere er en del av arbeidsplassen, og det er viktig at de også tas med i rutinene.

4. Litteraturliste

Bøker

Jakhelln, Henning Oversikt over arbeidsrette, 4.utgave Oslo 2007

Jakhelln, Henning og Helga Aune *arbeidsrett.no*, 2.utgave Oslo 2006

Artikler

Christel Søreide Midlertidig ansattes rett til fast stilling etter fireårsregelen, publisert i
Arbeidsrett 3 2009

Lovgivning

2005 Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven) av 17.juni
2005 nr.62

2005 Lov om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion mv.
(diskrimineringsloven) av 6.mars 2005 nr.33

1999 Lov om styrking av menneskerettighetene i norsk rett (menneskerettsloven) av
21.mai 1999 nr.21

1992 Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske
økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven) av 27.november 1992
nr.23

1983 Lov om statens tjenestemenn m.m. (tjenestemannsloven) av 4.mars 1983 nr.3

1977 Lov om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v. (arbeidsmiljøloven) av 4.februar 1977
nr.4

1947 Lov om tiltak for å fremme sysselsetting (sysselsettingsloven) av 27.juni 1947 nr.9

Utenlandske lover

Arbetsmiljølagen Arbetsmiljølagen (1977:1160) [Sverige]

Arbejdsmiljø Lovbekendtgørelse nr.784 af 11.oktober 1999 om arbejdsmiljø, som
ændret senest ved lov nr.1272 af 15.desember 2009. [Danmark]

ILO C181 1997

R.dir.2008/104/EF	Direktiv 2008/104/EF om vikaransattes arbeidsforhold (vikardirektivet)
EP R.dir 2002/73/EF	Om endring av r.dir. 76/207/EØF om gjennomføring av prinsippet om lik behandling av menn og kvinner når det gjelder adgang til arbeid, yrkesutdanning og forfremmelse samt arbeidsvilkår

Rt. 2009-578
Rt. 2004-1844
Rt. 2001-1413
Rt. 1997-277
Rt. 1991-172
Rt. 1989-1116
Rt. 1985-1141

LG 2007-94292

LG 2006-1158

TOSLO 2004-11711

Prop.104L (2009-2010)	Endringer i arbeidsmiljøloven (midlertidig ansettelse mv.)
Ot.prp.nr.54 (2008-2009)	Likestilling av arbeidstiden for skift- og turnusarbeidere mv.
Ot.prp.nr.24 (2005-2006)	Arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv.

Ot.prp.nr.49 (2004-2005)	Arbeidsmiljø, arbeidstid, stillingsvern mv.
Ot.prp.nr.12 (2003-2004)	Om ny lov om folketrygd og om arbeidervern arbeidsmiljø mv.
Ot.prp.nr.77 (2000-2001)	Om endringer i likestillingsloven
Ot.prp.nr.70 (1998-1999)	Endringer i lov om arbeidervern og arbeidsmiljø
Ot.prp.nr.50 (1993-1994)	Om arbeidervern, arbeidsmiljø mv.
Ot.prp.nr.41 (1975-1976)	Om arbeidstid, oppsigelsesvern, arbeidstilsyn mv.
Innst.O.nr.2 (1994-1995)	Innstilling fra kommunalkomiteen om lov om endringer i lov om arbeidervern og arbeidsmiljø mv. (arbeidsmiljøloven)
Innst.O.nr.90 (1976-1977)	
NOU 2009:14	Et helhetlig diskrimineringsvern
NOU 2004:5	Arbeidslivslovutvalget
NOU 1998:15	Arbeidsformidling og arbeidsleie.
NOU 2004:5	Et arbeidsliv for trygghet, inkludering og vekst

Forskrift

Forskrift av 6. desember 1996 nr. 1127 om systematisk helse-, miljø- og sikkerhetsarbeid i virksomheter.

Høringsbrev

Høringsbrev 17.juni 2009 Høring om endringer i arbeidsmiljølovens bestemmelse om midlertidig ansettelse – tilkallingsavtaler mv.

Nettdokument

Regjeringen.no Posisjonsnotat om vikarbyrådirektivet, 19.1.2010
<http://www.regjeringen.no/nb/sub/europaportalen/eos-notatbasen/notatene/2008/mars/vikarbyradirektivet.html?id=553607>

5. Lister over tabeller og figurer m v